

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

LAUDO ARBITRAL

Bogotá, D.C., Doce (12) de abril de dos mil veintiuno (2021).

El Tribunal de Arbitraje integrado para dirimir las controversias suscitadas entre la **CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.**, como Parte Convocante y la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI**, como Parte Convocada y Demandada, de manera unánime profiere el presente Laudo arbitral en Derecho, después de verificar que se cumplieron en debida forma todas las etapas que la normatividad vigente dispone (Ley 1563 de 2012 y demás normas complementarias), para el desarrollo de los procesos arbitrales, con las cuales se pone fin, en este caso, al conflicto jurídico que las Partes sometieron a su conocimiento.

CAPÍTULO PRIMERO

ANTECEDENTES DEL LITIGIO Y TRÁMITE DEL PROCESO

1.- IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES DEL PROCESO

1.1.- LA PARTE CONVOCANTE.

Es la sociedad **CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.**, constituida por Escritura Pública No. 1479 del 23 de julio del 2007, otorgada en la Notaría 10ª de Bogotá D.C., identificada con el NIT 900.164310-7, con domicilio en la ciudad de Bogotá D.C., en adelante LA CONCESIONARIA o la CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.

1.2.- LA PARTE CONVOCADA.

Es la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI**-, en adelante ANI o la ANI, entidad pública del orden nacional, identificada con el NIT 830.125.996-9, cuya naturaleza jurídica y denominación fue dispuesta por el Decreto 4165 de 3 de noviembre del 2011, bajo la modalidad de Agencia Estatal de Naturaleza Especial, del sector descentralizado de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, financiera y técnica, adscrita al Ministerio de Transporte, que tiene su domicilio en la ciudad de Bogotá.

El Tribunal señala que si bien es cierto el Contrato de Concesión No. 007 del 13 de agosto del 2007 fue celebrado por el INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES – INCO, mediante el citado Decreto Ley 4165 de 3 de noviembre del 2011, se modificaron su denominación y naturaleza jurídica por la de AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA en los términos señalados.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)**

En este proceso arbitral ambas Partes actuaron a través de apoderados judiciales, a quienes de manera oportuna se les reconoció personería adjetiva para actuar con fundamento en los poderes que obran en el expediente. Así mismo, intervino en el desarrollo del mismo el representante del Ministerio Público.

2.- DEL CONTRATO ORIGEN DE LAS CONTROVERSIAS.

Aparece en el expediente copia del Contrato de Concesión No. 007 suscrito entre las Partes el 13 de agosto del 2007, cuyo objeto es *“el otorgamiento al Concesionario de una concesión para que de conformidad con lo previsto en el artículo 32, numeral 4, de la Ley 80 de 1993 y en la Ley 105 del mismo año, realice por su cuenta y riesgo, los estudios y diseños definitivos, la gestión predial, gestión social, gestión ambiental, financiación, construcción, rehabilitación, mejoramiento, operación y mantenimiento del proyecto de concesión vial “GIRARDOT – IBAGUÉ – CAJAMARCA.”*

3.- EL PACTO ARBITRAL

El Pacto Arbitral con base en cual se convocó a este Tribunal de Arbitraje es el obrante en el numeral 2 de la Cláusula 57 del Contrato de Concesión No. 007 de 2007, según fue modificada por el Otrosí No. 8, suscrito el 7 de julio de 2014, conforme al cual:

“2. Arbitraje Nacional

Toda controversia que surja entre las Partes con ocasión del presente contrato será resuelta por un Tribunal de Arbitramento Nacional de conformidad con la Ley 1563 de 2012, en armonía con el artículo 14 de la Ley 1682 de 2013, o en las normas que los modifiquen, complementen o sustituyan y las reglas que a continuación se establecen.

- (a) También será de su conocimiento de la justicia arbitral las decisiones definitivas adoptadas por el Amigable Componedor regulado en aparte anterior de esta cláusula, en los específicos casos en los que cabría su anulación, o rescisión, que identifica el Código Civil Colombiano.
- (b) Las partes convienen que el Centro de Arbitraje y Conciliación que realizará las funciones delegadas por las Partes respecto de sorteos y recusaciones de los árbitros designados y que servirá de sede del arbitramento será El Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.
- (c) El Tribunal estará compuesto por tres (3) árbitros los cuales serán designados de común acuerdo por las Partes. Para ello las Partes elaborarán listas de candidatos con idoneidad en el objeto y las características del contrato, según lo señalado en el artículo 14 de la Ley 1682 de 2013. En caso de no llegarse a un acuerdo en la designación de los árbitros el Centro de Arbitraje designará los árbitros por sorteo de acuerdo con su reglamento.
- (d) Los árbitros decidirán en derecho. (...)”

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

4.- SÍNTESIS DE LAS ACTUACIONES SURTIDAS EN LA ETAPA INTRODUCTORIA DEL PROCESO.

Las actuaciones adelantadas en el presente proceso arbitral fueron, en síntesis, las siguientes:

4.1.- La demanda arbitral se presentó por la CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A. ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá el 30 de mayo del 2019. Igualmente, mediante escrito radicado el 10 de junio de 2019, la Convocante solicitó el decreto y práctica de medidas cautelares.

4.2.- Agotado el trámite de la designación de árbitros, fueron nombrados los doctores MARTHA CEDIEL DE PEÑA, ILEANA MARLITT MELO SALCEDO y ANTONIO ALJURE SALAME.

4.3.- El Tribunal se instaló en audiencia celebrada el 20 de enero del 2020 (Acta No. 1). En esta audiencia, el Tribunal, además de declararse debidamente instalado y de designar a su Presidente, fijó como su sede y la de su Secretaría al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, inadmitió por los defectos señalados en el Auto No. 2 de esa fecha (Acta No. 1), designó Secretario, éste último de la lista de Secretarios del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, quien oportunamente aceptó su designación y tomó posesión dando cumplimiento al deber de información consagrado en la Ley.

4.4.- El 23 de enero del 2020, la Parte Convocante subsanó y al mismo tiempo reformó la demanda arbitral, que fue admitida mediante el Auto No. 3 del 6 de febrero del 2020 (Acta No. 2).

4.5.- Surtido el traslado de la solicitud de las cautelares conforme a la ley procesal aplicable, mediante Auto No. 4 del 6 de febrero del 2020 (Acta No. 2), el Tribunal negó dichas medidas por las razones contenidas en el Auto No. 5 del 19 de febrero del 2020, en especial, por no cumplir con los requisitos contemplados en el artículo 231 del CPACA (Acta No. 3).

4.6.- El 14 de abril del 2020, la Entidad Convocada, a través de su apoderado, contestó la demanda arbitral reformada, formuló excepciones de mérito y oposiciones, acompañó pruebas, solicitó el decreto y práctica de otras y objetó el juramento estimatorio.

4.7.- Mediante Auto No. 6 del 16 de abril del 2020, el Tribunal dispuso tener por contestada en tiempo la demanda por parte de la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**, ordenó, por el término previsto en la ley, correr traslado, tanto de las excepciones de mérito y oposiciones, como de la objeción al juramento estimatorio contenida en la contestación de la demanda reformada.

4.8.- El 20 de abril del 2020, la Parte Convocante describió el traslado de la objeción al juramento estimatorio y aportó de manera separada las pruebas que sustentan su escrito. De igual forma, la Convocante, el 23 de abril del 2020, describió el traslado de las

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)**

excepciones de mérito y oposiciones formuladas con la contestación de la demanda en el cual además solicitó pruebas.

4.9.- El 29 de abril del 2020, se surtió la audiencia de conciliación, que se declaró fracasada mediante Auto No. 7, por las razones de que da cuenta el Acta No. 5 de la misma fecha; por ello, mediante Auto No. 8 se decretaron los gastos y honorarios del Tribunal, que fueron consignados, según consta en el Informe rendido por la Señora Presidente del Tribunal el 18 de mayo del 2020 y el cual aparece en el Acta No. 6.

Las actuaciones anteriores se cumplieron con arreglo a lo previsto en la Constitución Política, la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, la Ley 1563 de 2012 y las normas expedidas para su aplicación, así como, el Código General del Proceso; en estas, las Partes y el agente del Ministerio Público gozaron de todas las garantías procesales sin que se haya incurrido en causal alguna de nulidad que invalidara lo actuado, por lo cual, de conformidad con lo previsto en el artículo 132 del Código General del Proceso, no se advirtió irregularidad alguna que ameritara en ese momento procesal su saneamiento. Tampoco se evidenció nulidad que debiera ser declarada oficiosamente o puesta en conocimiento de las Partes al tenor del artículo 137 Ibidem.

5.- PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE, ETAPA PROBATORIA Y ALEGACIONES FINALES.

5.1.- El 27 de mayo del 2020 (Acta No. 7) se adelantó la primera audiencia de trámite, en la cual, después de estudiar el alcance del pacto arbitral respecto de la materia y la capacidad de los sujetos de cara a los asuntos sometidos a arbitraje, mediante auto de la misma fecha, el Tribunal se declaró competente para asumir y resolver en derecho el litigio sometido a su conocimiento.

5.2.- En el desarrollo del proceso fueron tenidas como pruebas la totalidad de los documentos aportados por las Partes con la demanda reformada y con la contestación de la misma.

5.2.3.- El día 19 de agosto del 2020 (Acta No. 9) fue practicado a solicitud de las Partes el interrogatorio de parte del Representante legal de la Convocante.

5.2.4.- De igual manera, se adelantaron las diligencias en las que se recibieron las declaraciones de los siguientes testigos: MARÍA CAROLINA CONTRERAS ENCINALES, PAULA ANDREA PIÑEROS BARRERO, FANNY CONSUELO CAÑAVERA ESPINOSA (Acta No. 9), DIANA GUTIERREZ DE PIÑERES (Acta No. 10), ADRIANA L. OSORIO PINZÓN, CRISTIAN CAMILO ESCOBAR, DIDIER ALEXIS BERNAL ESQUIVEL, DANIEL ALFREDO TOVAR GONZALEZ (Acta No. 11), NELSÓN SUANCA BALLÉN, LAURA CUERVO OBANDO (Acta No. 12), SEBASTIÁN GIL SALAZAR y GINA ACOSTA (Acta No. 13)

Algunos de los testigos presentaron documentos que fueron puestos en conocimiento de las Partes y respecto de algunos se pronunciaron.

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

5.2.5.- En el curso de la práctica del testimonio del señor CRISTIAN CAMILO ESCOBAR, el apoderado de la Parte Convocada presentó tacha de su declaración de conformidad con lo previsto en el artículo 211 del Código General del Proceso. De la tacha el Tribunal corrió traslado a la Parte Convocante.

5.2.6.- Fueron desistidos en el curso de las diligencias por los apoderados de las Partes los testimonios de CARLOS ALBERTO AVELLANEDA CASTELLANOS, FERNANDO CARO RIVERA, CLAUDIA LILIANA RÁMIREZ GAITÁN, WILSON YOVANI GARZÓN CIFUENTES, JOYCE MARÍA ROJAS, DEYSSI MIREYA MONROY y GERLY PÉREZ. Los desistimientos fueron aceptados por el Tribunal.

5.2.8.- Concluida la instrucción del proceso en audiencia del 22 de septiembre del 2020 (Acta No. 15), el Tribunal señaló fecha y hora para la audiencia de alegaciones que se llevó a cabo el 27 de octubre del 2020 (Acta No. 16), fecha en la que, de igual manera, el Ministerio Público rindió su concepto.

5.2.9. Las partes de común acuerdo mediante memorial de fecha 16 de febrero de 2021, aportaron el documento denominado Anexo 17 “gestión predial” del Contrato de Concesión 007 de 2007, el cual en cumplimiento de lo previsto en el artículo 173 del Código General del Proceso, fue incorporado mediante Auto 18 de 8 de marzo de 2021.

6.- TÉRMINO DE DURACIÓN DEL PROCESO.

6.1.- La primera audiencia de trámite en este proceso se surtió el día 27 de mayo de 2020, por lo cual el término de duración del proceso que, de conformidad con lo previsto en el artículo 10 del Decreto Legislativo 491 de 2020 (Acta No. 7), inicialmente se fijó en ocho (8) meses (Auto No.10), debía vencer el 27 de enero de 2021.

6.2.- El término del proceso estuvo suspendido entre los días 28 de mayo del 2020 y el 20 de julio del 2020 (34 días hábiles), 21 de julio del 2020 y 18 de agosto del 2020, (19 días hábiles), entre los días 23 de septiembre de 2020 y el 26 de octubre de 2020 (23 días hábiles), ambas fechas inclusive, para un término total de suspensión de 76 días hábiles.

Lo anterior implica que, de conformidad con lo ordenado por el Artículo 11 de la Ley 1563 de 2012, al término de duración del proceso deben agregarse los 76 días hábiles durante los que el proceso estuvo suspendido.

En consecuencia, el término de duración del proceso vencerá el 19 de mayo de 2021, por lo que el presente laudo arbitral se profiere de manera oportuna.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)**

CAPÍTULO SEGUNDO

SÍNTESIS DE LA CONTROVERSIA

1.- LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA.

Las Pretensiones de la Parte Convocante giran en torno a las controversias surgidas con ocasión de la ejecución del Contrato de Concesión No. 007 suscrito entre las Partes el 13 de agosto del 2007, y se consignan en el Capítulo VI de la demanda reformada, páginas 5 a 18, que corresponden a los folios 199 a 217 del Cuaderno Principal No. 1.

Se destaca que estas Pretensiones fueron clasificadas por la Convocante en 9 grupos atendiendo a la materia de la controversia, así:

“VI.1 PRETENSIONES DECLARATIVAS CONCERNIENTES AL ÁREA DE SERVICIOS CHICORAL

VI.2 PRETENSIONES DECLARATIVAS CONCERNIENTES A LAS ESTACIONES DE PESAJE

VI.3 PRETENSIONES DECLARATIVAS CONCERNIENTES A LA AFIRMADA ELUSIÓN DEL PEAJE DE GUALANDAY

VI.4 PRETENSIONES DECLARATIVAS CONCERNIENTES A LAS ÁREAS REMANENTES O ADQUIRIDAS POR RAZONES TÉCNICAS.

VI.5 PRETENSIONES DECLARATIVAS CONCERNIENTES A LA COMPENSACIÓN FORESTAL (REFORESTACIÓN)

VI.6 PRETENSIONES CONCERNIENTES AL RECLAMO DEL PAGO DE LAS OBRAS ADELANTADAS EN LA AVENIDA PEDRO TAFUR.

VI.7 PRETENSIONES CONCERNIENTES A LA ILUMINACIÓN DE LAS INTERSECCIONES

VI.8 PRETENSIONES CONCERNIENTES A LA CICLORUTA DEL TRAMO 6

VI.9 PRETENSIONES CONCERNIENTES AL MANEJO DE LOS RECURSOS DE LA SUBCUENTA DE PREDIOS.”

La transcripción de cada grupo de Pretensiones, obra en la parte Considerativa pertinente de este Laudo.

2.- LOS HECHOS DE LA DEMANDA.

Los hechos que soportan las pretensiones de la demanda reformada están relacionados y debidamente clasificados en el capítulo VII, páginas 18 a 60 del referido escrito, que obra a los Folios 217 a 315 del Cuaderno Principal No. 1.

Estos hechos fueron clasificados por la Convocante bajo los siguientes rótulos:

“VII.1. Hechos acontecidos con anterioridad a la firma del Contrato de Concesión No. 007 de 2007”, hechos 1 a 4, páginas. 18 y 19.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)**

“VII.2. Hechos concernientes a la suscripción del Contrato, su contenido, modificaciones e inicio de su ejecución”, hechos 5 a 10. páginas. 19 y 20.

“VII.3. Hechos relativos al área de servicios de Chicoral”, hechos 11 a 18, páginas 20 a 25.

“VII.4. Hechos relativos a las estaciones de pesaje”, hechos 19 a 26, páginas. 25 a 29.

“VII.5. Hechos relativos a la afirmada elusión del peaje de Gualanday”, hechos 27 a 46, páginas. 25 a 29.

“VII.6. Hechos relativos a las áreas remanentes o adquiridas por razones técnicas. Hechos 47 a 80, páginas. 29 a 37.

“VII.7. Hechos relativos a la compensación forestal (reforestación), hechos 81 a 105. páginas 37 a 43.

“VII.8. Hechos relativos al reclamo del pago de las obras adelantadas en la Avenida Pedro Tafur”. Hechos 106 a 121. Páginas 43 a 45.

“VII.9. Hechos relativos a la iluminación de las intersecciones”, hechos 112 (sic) a 126, páginas 45 a 49)

“VII.10. Hechos relativos a la cicloruta del tramo 6”, Hechos 127 a 155, páginas 49 a 55.

“VII.11 Hechos relativos al manejo de los recursos de la subcuenta de predios”, hechos 156 a 171, páginas 55 a 60.

3.- LA CONTESTACIÓN DE LA REFORMA DE LA DEMANDA Y LAS EXCEPCIONES FORMULADAS POR LA ANI.

La Parte Convocada se opuso a todas las Pretensiones Principales y Subsidiarias contenidas en la demanda reformada, por considerar que carecen de fundamento fáctico, contractual, legal y constitucional. De igual manera se pronunció sobre cada uno de los hechos expuestos, aceptando unos, negando otros y manifestando que algunos no le constan y, por tanto, que se atiene a lo que se pruebe.

Con el fin de desvirtuar los fundamentos de hecho y de derecho, en el acápite rotulado “**V. EXCEPCIONES DE MERITO**”, del escrito de contestación de la demanda, formuló 12 Excepciones que rotuló como se indican a continuación:

1. *“Caducidad de la acción respecto de las pretensiones contenidas en el aparte VI.6 de las pretensiones de la demanda relativo a la Avenida Pedro Tafur”.*
2. *“El Concesionario ha incumplido las obligaciones a su cargo contenidas en el numeral 4.2.1 del Apéndice B “Especificaciones Técnicas de operación, mantenimiento y servicios al usuario” del Contrato de Concesión relativas a los teléfonos públicos, las zonas de alimentación y a la enfermería”.*

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

3. *“El concesionario ha incumplido las obligaciones a su cargo contenidas en el numeral 4.1.3.1 del APÉNDICE B “Especificaciones Técnicas de Operación, Mantenimiento Y Servicios Al Usuario” del Contrato de concesión relativas a las estaciones de pesaje”.*
4. *“El Concesionario ha incumplido las obligaciones a su cargo contenidas en el contrato al no evitar la elusión del peaje de Gualanday. el riesgo de elusión de peajes se encuentra establecido en el contrato de concesión 007 de 2007 a cargo del Concesionario”.*
5. *“El Concesionario ha incumplido sus obligaciones prediales relacionadas con la adquisición de predios por razones técnicas o por su naturaleza de remanentes, excediendo sus facultades contractuales y contraviniendo el texto del Contrato”.*
6. *“El Concesionario ha incumplido sus obligaciones de Compensación Forestal contraviniendo el texto del contrato y las obligaciones a su cargo establecidas en las Licencias Ambientales”.*
7. *“El Concesionario San Rafael S.A. debe asumir los costos derivados de las obras adelantadas en la Avenida Pedro Tafur en tanto fueron invertidos para el cumplimiento adecuado de sus obligaciones contractuales. Cobro de lo no debido”.*
8. *“El Concesionario San Rafael debe asumir de su propio patrimonio el valor de la iluminación de las intersecciones así como el pago pasado, presente y futuro del servicio público de energía pues esos costos hacen parte de su obligación contractual. cobro de lo no debido”.*
9. *“El Concesionario San Rafael va en contra de sus propios actos e incumple sus obligaciones de actuar con buena fe contractual al pretender la revocatoria de las instrucciones impartidas a la fiduciaria Colpatria para efectos de las disminuciones de remuneración por el incumplimiento en las obras de la cicloruta del tramo 6 efectuadas hasta el mes de septiembre de 2018, desconociendo lo pactado en el otro si 14 del 17 de septiembre de 2018”.*
10. *“La Agencia Nacional de Infraestructura no solicito, ni aplicó, ni ordenó a la fiduciaria aplicar nuevas disminuciones de remuneración al Concesionario San Rafael relacionadas con el incumplimiento de las obras concernientes a la Cicloruta del Tramo 6 con posterioridad a la suscripción del Otro Si No. 14 del 7 de septiembre de 2018”.*
11. *“El Concesionario San Rafael ha incumplido gravemente el Contrato 007 de 2007 en lo relativo al adecuado manejo y administración de la Subcuenta de Predios, por lo que debe reintegrar a dicha subcuenta los recursos que la ANI le ha conminado reiteradamente a devolver”.*
12. *“Excepción Genérica”.*

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)**

CAPÍTULO TERCERO

I. ASUNTOS PREVIOS

1. SOBRE LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL.

Está aceptado por la jurisprudencia colombiana que, con fundamento en el Artículo 116 de la Constitución Política e igualmente por su desarrollo normativo estatutario, Leyes 270 de 1996 y 1285 de 2009, y en particular por la Ley 1563 de 2012, que el arbitramento nacional es un mecanismo de solución de conflictos al cual las Partes tienen el derecho de acceder como una forma de administración de justicia.

Para verificar su competencia, en el momento procesal respectivo, el Tribunal encontró probada la existencia del pacto arbitral, su referencia a una controversia jurídica determinada, la capacidad de las Partes y la idoneidad del objeto litigioso. Igualmente, en considerando la intervención de una entidad pública, el Tribunal se sometió a los límites de competencia fijados por el pacto arbitral, el Legislador y la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional y del H. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo.

Del examen de los documentos aportados al proceso, el Tribunal reitera que en ejercicio de la facultad prevista en el artículo 116 de la Constitución Política, las Partes al momento de la suscripción del Contrato de Concesión No 007, el 13 de agosto de 2007, decidieron libre y autónomamente incorporar en aquel una cláusula compromisoria para sustraer de la justicia ordinaria, permanente o institucional del Estado el conocimiento y decisión de las controversias que pudieran derivarse de dicho contrato estatal, para que fueran resueltas por particulares investidos excepcional y temporalmente de jurisdicción, lo cual se materializó en los numerales 57.5 y siguientes de la Cláusula Cincuenta y Siete del referido Contrato Estatal. Así es claro, que la jurisdicción y competencia de este Tribunal de Arbitramento surgió con fundamento en el artículo 116 de la Constitución Política, de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, de la Ley 1563 de 2012 y la inequívoca voluntad de las Partes de someterse a la jurisdicción arbitral, según lo consignado en la cláusula compromisoria que fue citada y transcrita en esta providencia.

En efecto, en el caso objeto de examen, está probada la decisión conjunta de someter al conocimiento de un Tribunal de Arbitramento *“Cualquier divergencia que surja entre las partes con ocasión de la celebración, ejecución o liquidación de este Contrato, que no sea posible solucionar amigablemente o a través del Amigable Componedor o para la cual este Contrato no prevea mecanismos de solución distintos, será dirimida por un Tribunal de Arbitramento de conformidad con las reglas que adelante se establecen. En caso de discrepancia entre las partes sobre si un determinado asunto deba ser sometido a amigable*

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)**

composición por el Amigable Componedor, o a Tribunal de Arbitramento, será el INCO quien decidirá el punto.”

Esta manifestación de voluntad de las Partes se materializó con la convocatoria de este Tribunal, la presentación de la demanda, su reforma y la respectiva contestación, con el propósito de que las pretensiones, excepciones y objeciones formuladas por los apoderados de las Partes sean resueltas de manera definitiva mediante un Laudo Arbitral.

Del análisis de la demanda reformada y su respectiva contestación, el Tribunal considera que las controversias que han sido puestas en su conocimiento se encuentran comprendidas dentro del alcance de la Cláusula Compromisoria, porque conciernen directamente al Contrato de Concesión No. 007 de 2007, son todas de naturaleza patrimonial y de contenido particular y concreto, se refieren a una relación jurídica contractual específica y son susceptibles de disposición por las Partes.

Así mismo, del examen de los documentos aportados al expediente, el Tribunal ratifica que las Partes son personas jurídicas con capacidad plena para comparecer al proceso arbitral, pues no se advierte ninguna limitación para ello y lo han hecho por intermedio de sus representantes legales y apoderados debidamente constituidos.

Por último, advierte una vez más el Tribunal Arbitral que no existe controversia entre las Partes sobre su competencia para conocer y decidir sobre sus diferencias, y encuentra que se ha cumplido con el trámite del proceso arbitral señalado en la Ley 1563 de 2012.

Por todo lo expuesto, el Tribunal Arbitral ratifica que es competente para conocer y resolver las controversias a que se refieren la reforma de la demanda arbitral, su contestación y las respectivas réplicas a las excepciones de mérito.

Atendiendo a que la Parte Convocada presentó excepciones de mérito, dentro de ellas, la de caducidad de la acción respecto de algunas pretensiones, a continuación, el Tribunal considera necesario incluir en este Laudo algunas reflexiones al respecto y decidir lo relativo a la excepción de caducidad planteada.

2. SOBRE LAS EXCEPCIONES Y EN CONCRETO, SOBRE LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN RESPECTO DE LAS PRETENSIONES CONTENIDAS EN EL APARTE VI.6 DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA RELATIVO A LA AVENIDA PEDRO TAFUR.

Como ya se señaló en el capítulo anterior, la Parte Convocada en su escrito de contestación de la demanda reformada formuló 13 Excepciones. Revisadas las mismas, el Tribunal considera necesario poner de presente las siguientes precisiones conceptuales:

1. Como es conocido, la palabra excepción, en su natural interpretación gramatical, significa, la acción de exceptuar, y por exceptuar se entiende excluir o no comprender a algo o a alguien; en materia procesal se refiere a la exclusión total o parcial de las pretensiones del actor.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)**

2. La Corte Suprema de Justicia reiteradamente ha señalado que, en cuanto a las excepciones, ellas más que una denominación jurídica, son hechos que debe concretar el opositor, para que la contraparte con un debate legal sepa cuáles contrapruebas ha de presentar y de qué modo ha de organizar la defensa. En consecuencia, como también reiteradamente lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia, cuando el demandado dice que excepciona, pero limitándose a denominar a su manera la presunta excepción, sin traer al debate hechos que le den sentido y contenido a esa denominación, no está en realidad oponiendo excepción alguna, o planteando una contra pretensión, ni por lo mismo colocando al juez o tribunal en la obligación de hacer pronunciamiento alguno al respecto.
3. Adicionalmente, La doctrina nacional en materia de derecho procesal, ha diferenciado y distinguido la excepción propiamente dicha, de los otros derechos de impugnación y defensa que tiene el demandado, en razón a que la primera, la “excepción”, tiene como efecto anular la acción, mientras que los segundos (derechos de impugnación), comprenden cualquier defensa del demandado y en esa medida tienen una extensión mayor, en tanto dependen de la intención del actor.
4. Sobre el alcance de las “excepciones” el profesor Hernando Morales Molina¹, citando para ello a la Corte Suprema de Justicia, señaló que:

“...la excepción comprende cualquier defensa de fondo que no consista en la simple negación del hecho afirmado por el actor, sino en contraponerle otro hecho impeditivo o extintivo que excluye los efectos jurídicos del primero (...). Por consiguiente, la excepción perentoria, cualquiera sea su naturaleza, representa un verdadero contraderecho del demandado, preexistente al proceso y susceptible de ser reclamado generalmente a su vez como acción ... (G.J., tomo UX, pág. 406)” (negrilla fuera de texto)

Y, más adelante precisó:

" ... Así las cosas, se da propiamente el nombre de "defensa" a la negación que el demandado formula frente al derecho alegado por el demandante ", pues la excepción consiste, se repite, en poner un obstáculo temporal o perpetuo a la pretensión; en cambio la defensa es una oposición al reconocimiento del derecho material".

En consecuencia, que las excepciones son verdaderos “hechos” y no simples “negaciones” de lo que el demandante alega, ni mucho menos argumentaciones jurídicas para buscar evidenciar la no exigibilidad de lo que se demanda.

5. Por su parte del Dr. Hernán Fabio López ha señalado, que el derecho de contradicción que tiene el demandado implica la presentación de excepciones perentorias que “son las que se oponen a las pretensiones del demandante, bien porque el derecho alegado en que se basan nunca ha existido, o porque habiendo existido en algún momento se presentó una causa que determinó su extinción o, también, cuando no obstante que sigue vigente el derecho, se pretende su exigibilidad en forma prematura por estar pendiente un plazo o una condición”¹

¹ MORALES MOLINA, Hernando (1985) Curso de Derecho Procesal Civil. Parte General. Novena edición, ABC, Bogotá, 1985, pág. 155-156.

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

A partir de lo expuesto y una vez revisada la contestación de la demanda presentada por la ANI, el Tribunal concluye que, salvo la excepción de “CADUCIDAD DE LA ACCIÓN RESPECTO DE LAS PRETENSIONES CONTENIDAS EN EL APARTE VI.6 DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA RELATIVO A LA AVENIDA PEDRO TAFUR” formulada por la Convocada, que de acuerdo con la doctrina pertenece al grupo que en nuestra legislación y doctrina califica o clasifica como perentoria material², las demás excepciones no constituyen excepciones propiamente tales, sino que se erigen como defensas y oposiciones planteados por la parte Convocada contra la prosperidad de las pretensiones formuladas en la demanda arbitral. Por esta razón el Tribunal bajo este acápite procederá a analizar y pronunciarse únicamente respecto de la caducidad. Frente a las demás defensas se pronunciará al resolver el fondo del asunto, en el acápite correspondiente al estudio de cada una de las pretensiones

En consecuencia, el Tribunal procede a referirse a la excepción de “CADUCIDAD DE LA ACCIÓN RESPECTO DE LAS PRETENSIONES CONTENIDAS EN EL APARTE VI.6 DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA RELATIVO A LA AVENIDA PEDRO TAFUR” propuesta por la ANI.

Al respecto se destaca que de acuerdo con lo establecido en los hechos probados que sirven de causa a las pretensiones de la demanda relacionadas con la Avenida Pedro Tafur, las obras cuyo pago se reclama en esta demanda por el valor mencionado, fueron ejecutadas en el mes febrero de 2014, siendo entregadas al Municipio de Ibagué el día 5 de marzo de 2014, y el documento con el que se pretende cuantificar el valor de dichas obras es la Factura de Venta Número 0966 del 10 de marzo de 2014, de lo que en principio podría concluirse que para efectos de lo consagrado en el medio de control de controversias contractuales establecido en el artículo 141 de la Ley 1437 de 2011, para el momento en que fue presentada esta demanda ya habría fenecido la oportunidad para interponer la demanda por haber operado la caducidad de la acción en aplicación de lo establecido claramente en el literal j) del numeral 2 del artículo 167 de la Ley 1437 de 2011.³

Sin embargo, el Tribunal precisa que la caducidad relativa a las Controversias contractuales está regulada, en el Artículo 164 del C.P.A.C.A, así:

² Al respecto resulta útil considerar lo señalado por el profesor Hernán Fabio López Blanco, en su libro Instituciones de Derecho Procesal Colombiano, Tomo 1. Parte General, Dupre Editores, Bogotá, pág 552, quien agrupa las excepciones perentorias en tres grandes grupos, a saber: 1) **Excepciones perentorias definitivas materiales** que son las que niegan el nacimiento del derecho base de la pretensión, o aceptando en alguna época su existencia se afirma su extinción, como sería el caso de la nulidad absoluta del contrato, el pago, la prescripción, en fin, cualquiera de los medios típicos y atípicos de extinción de las obligaciones. 2) **Excepciones perentorias temporales**, en las cuales el derecho pretendido existe, no se ha presentado ninguna causa que lo extinga, pero se pretende su efectividad antes de la oportunidad debida para hacerlo, como cuando se demanda el cumplimiento de una obligación estando aún pendiente el plazo pactado o sin cumplirse la condición estipulada.

3) **Excepciones perentorias de raigambre netamente procesal** cuando no existe legitimación en la causa respecto de cualquiera de las partes como sucede, por ejemplo, si quien demanda no está asistido por el derecho sustancial o cuando estándolo la dirige contra quien no es el obligado, hipótesis que es diversa de las dos anteriores pues las primeras parten de la base de que la relación jurídico material se dio entre las partes, mientras que en la última jamás ha existido.

³ Entiende el Tribunal que se refiere a la letra j del numeral 164.

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

“Artículo 164. Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada:

(...)

2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad:

(...)

j) En las relativas a contratos el término para demandar será de dos (2) años que se contarán a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento. (Destaca el Tribunal)

Cuando se pretenda la nulidad absoluta o relativa del contrato, el término para demandar será de dos (2) años que se empezarán a contar desde el día siguiente al de su perfeccionamiento. En todo caso, podrá demandarse la nulidad absoluta del contrato mientras este se encuentre vigente.

En los siguientes contratos, el término de dos (2) años se contará así:

i) En los de ejecución instantánea desde el día siguiente a cuando se cumplió o debió cumplirse el objeto del contrato;

ii) En los que no requieran de liquidación, desde el día siguiente al de la terminación del contrato por cualquier causa;

iii) **En los que requieran de liquidación** y esta sea efectuada de común acuerdo por las partes, desde el día siguiente al de la firma del acta;

iv) **En los que requieran de liquidación** y esta sea efectuada unilateralmente por la administración, desde el día siguiente al de la ejecutoria del acto administrativo que la apruebe;

v) **En los que requieran de liquidación** y esta no se logre por mutuo acuerdo o no se practique por la administración unilateralmente, una vez cumplido el término de dos (2) meses contados a partir del vencimiento del plazo convenido para hacerlo bilateralmente o, en su defecto, del término de los cuatro (4) meses siguientes a la terminación del contrato o la expedición del acto que lo ordene o del acuerdo que la disponga;

(...)”

De conformidad con lo anterior y teniendo en cuenta que según se precisa, además, en el Artículo 60 de la Ley 80 de 1993, tal como fue modificado por el Decreto Ley 19 de 2012⁴,

⁴ Ley 80 de 1993. ARTICULO 60. **Modificado por el Decreto 19 de 2012, artículo 217. DE LA OCURRENCIA Y CONTENIDO DE LA LIQUIDACIÓN.** Los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, **serán objeto de liquidación.** También en esta etapa las partes acordarán los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar. En el acta de liquidación constarán **los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a** las divergencias presentadas y **poder declararse a paz y salvo.**

Para la liquidación se exigirá al contratista la extensión o ampliación, si es del caso, de la garantía del contrato a la estabilidad de la obra, a la calidad del bien o servicio suministrado, a la provisión de repuestos y accesorios, al pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones, a la responsabilidad civil y, en general, para avalar las obligaciones que deba cumplir con posterioridad a la extinción del contrato.

La liquidación a que se refiere el presente artículo no será obligatoria en los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)**

según lo pactado en la Cláusula 49⁵ del Contrato de Concesión No. 007 de 2007, éste **requiere** de LIQUIDACIÓN y en este momento se encuentra en ejecución y por lo mismo no ha terminado, tampoco ha empezado a contar el término de dos (2) años para que opere la caducidad según lo previsto en el citado Artículo 164.

En consecuencia, **no prosperará la excepción** propuesta por la ANI.

Definida la competencia del Tribunal para decidir las controversias incoadas por la Concesionaria San Rafael en la presente demanda, corresponde ahora estudiar la tacha de la declaración que fue presentada por la ANI respecto de unos de los testigos citados por la Parte Convocante.

3. SOBRE LA TACHA DE SOSPECHA DE LA DECLARACIÓN DEL TESTIGO señor CRISTIAN CAMILO ESCOBAR.

Según consta en el expediente, rendida la declaración por parte del señor CRISTIAN CAMILO ESCOBAR, Técnico Predial vinculado con la Concesionaria San Rafael, que fue decretada por el Tribunal y recibida en audiencia del 21 de agosto de 2020 (Acta N° 11), el Apoderado de la ANI tachó ese testimonio, en los siguientes términos:

“DR. PATIÑO: Quiero por favor a hacer una petición con fundamento en el Artículo 211 del Código General del Proceso, ... procedo a hacer una tacha por sospecha del testigo.

La tacha la fundamento no solamente en la relación que tiene el testigo con la Concesionaria San Rafael, que por supuesto es una relación que quedó, que consta pues en la manifestación del mismo testigo si no adicionalmente fundamento la tacha en cuanto creo que el testimonio de Cristian Camilo es un testimonio que, no es un testimonio imparcial, ... la sola manera como se expresa en relación con la manera y la forma como se desarrolló toda la gestión predial, de la manera como responde digamos a las inquietudes con una, creo yo y a mi modo ver y le pido al Tribunal por favor que lo analice al momento de tomar la decisión final del laudo, creo que la forma como se expresa y la manera como plantea las respuestas y la forma como expone su testimonio no solamente no es espontánea sino que además no es imparcial.

Le solicito al honorable Tribunal proceder al estudio de la tacha y en consecuencia excluir el testimonio de Cristian Camilo de la relación que se tenga, relación probatoria que se tenga al momento del fallo.

Insisto, las razones en las que fundo la tacha no son exclusivamente relacionadas con el vínculo, la moral que tiene el testigo para con, la Concesionaria San Rafael sino además creo yo que del testimonio queda claro que adolece de espontaneidad y

⁵ **CLAUSULA 49 LIQUIDACIÓN.** - El Contrato se liquidará en los términos de los artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 1993. En el acta de liquidación se hará referencia a la devolución y reversión de bienes que ha de realizarse de conformidad con la CLAUSULA 50 de este Contrato y a la destinación que habrá de dársele a los recursos disponibles en las subcuentas del Fideicomiso.

Una vez se haya realizado la liquidación bilateral o unilateral del Contrato, de conformidad con lo señalado en los artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 1993, INCO procederá a enviar a la Entidad Fiduciaria, copia del acta de liquidación, en la cual se señalará la destinación que la Fiduciaria deberá dar a los recursos disponibles en el Fideicomiso, la cual deberá ajustarse a lo previsto en el ANEXO 13.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)**

también adolece de la imparcialidad que es esperable de los testigos en los procesos judiciales. Muchas gracias, señores árbitros, son muy amables. No tengo más preguntas”.

Corrido el traslado al apoderado de la Parte Convocante, éste se opuso y señaló que las razones expuestas carecen de fundamento para desechar este testimonio, si se tiene en cuenta, de una parte, que todos los testigos cuya declaración se solicitó rendir ante este Tribunal tienen relación con alguna de las Partes y, de otra, que no puede considerarse que la declaración del testigo no es imparcial, por el simple hecho de que lo declarado no le favorezca a una u otra Parte.

El Tribunal tiene en cuenta que el artículo 211 del Código General del Proceso establece que *“Cualquiera de las partes podrá tachar el testimonio de las personas que se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés en relación con las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas. La tacha deberá formularse con expresión de las razones en que se funda. El juez analizará el testimonio en el momento de fallar de acuerdo con las circunstancias de cada caso”*.

En las voces del precepto, podrá formularse tacha de un testimonio con expresión de las razones en que se funda, y el juez debe analizar el testimonio en el momento de fallar de acuerdo con las circunstancias de cada caso. El Código General del Proceso a diferencia de lo previsto en el derogado artículo 218 del Código de Procedimiento Civil, no establece que el juez deba pronunciar una decisión expresa sobre la tacha de un testigo, sino que al fallar apreciará el testimonio según las circunstancias de cada caso.

En efecto, la valoración del testimonio del testigo tachado es un deber del juzgador como ha dicho el Consejo de Estado al expresar que en caso de tacha *“desechar el testimonio, sería incompatible con el principio de la sana crítica que gobierna todo el régimen probatorio en nuestro medio pues dentro del sistema que adopta el Código de Procedimiento Civil para la valoración de la prueba, no existe descalificación legal de un testigo que se pueda calificar de ‘sospechoso’”*⁶, lo que debe hacerse es examinar el testimonio teniendo en cuenta las razones de la tacha para determinar *“si detrás de sus afirmaciones se esconde la intención de favorecer a la actora o si, por el contrario, estas resultan coherentes, creíbles y verosímiles, vistas a la luz de la sana crítica y en conexidad con los demás medios de prueba aportados al proceso”*⁷.

Por consiguiente, el Tribunal ha valorado el testimonio del Señor CRISTIAN CAMILO ESCOBAR considerando las razones de la tacha, su conocimiento, experiencia y participación en los hechos sobre los cuales versa, dándole aplicación al deber de apreciación en conjunto de todos los elementos probatorios según las reglas de la sana crítica, tal como lo dispone el artículo 176 del Código General del Proceso y ha examinado su declaración en contexto con las demás pruebas, sin advertir sesgo particular alguno que imponga calificarlo de sospechoso y es claro para el Tribunal que la declaración rendida

⁶ Sentencia del 13 de noviembre de 2014 de la Sección Tercera del Consejo de Estado Rad.: 41001-23-31-000-2000-03728-01(31074).

⁷ Ibidem.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)**

por el señor CRISTIAN CAMILO ESCOBAR fue simplemente ilustrativa, en lo que se refiere a los aspectos técnicos relativos a la sábana predial, la tira predial y los formatos dispuestos por el INCO (hoy ANI) para su trámite, declaraciones que no obstante provenir de una persona vinculada laboralmente a la Concesionaria no tienen la capacidad para influir en las decisiones por adoptarse.

Por tal razón, el Tribunal considera que los argumentos expuestos por la ANI no son suficientes para desestimar esta declaración y, por tanto, no prospera la tacha solicitada por el Apoderado y aunque la norma no impone un pronunciamiento concreto en la parte resolutive, nada obsta hacerlo y así lo declarará.

II CONSIDERACIONES

1. OBJETO DE LA CONTROVERSIA.

Como se deduce de las Pretensiones que se transcriben al considerar lo relativo a cada Grupo (de acuerdo con la forma en que fueron formuladas por la Parte Convocante), la Controversia que debe ser resuelta por el Tribunal es de naturaleza contractual y surge básicamente respecto de la INTERPRETACIÓN de las estipulaciones contractuales, así como de la forma, tiempos, lugar y modo en que la citada Parte Convocante, a la luz de las estipulaciones contractuales, entiende que las prestaciones contratadas en el marco del Contrato de Concesión No 007 de 2007 celebrado con el INCO (hoy ANI) debían cumplirse y que aduce haber cumplido.

2. EL CONTRATO ESTATAL CELEBRADO Y SU MARCO NORMATIVO

En la Cláusula Segunda del Contrato 007 de 2007, la CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A. y el INCO, hoy ANI, establecieron de manera clara, la naturaleza del contrato celebrado y su objeto, en los siguientes términos:

“CLAUSULA 2 OBJETO DEL CONTRATO

El objeto del presente Contrato es el otorgamiento al Concesionario de una concesión para que de conformidad con lo previsto en el artículo 32, numeral 4, de la Ley 80 de 1993 y en la Ley 105 del mismo año, realice por su cuenta y riesgo, los estudios y diseños definitivos, gestión predial, gestión social, gestión ambiental, financiación, construcción, rehabilitación, mejoramiento, operación y mantenimiento del proyecto de concesión vial "GIRARDOT - IBAGUÉ - CAJAMARCA".

El INCO concede por medio de este Contrato al Concesionario el uso y la explotación del Proyecto de Concesión Vial "GIRARDOT - IBAGUÉ- CAJAMARCA", bajo el control y vigilancia del INCO, por el tiempo de ejecución del Contrato, para que sea destinado al servicio público de transporte, a cambio de la remuneración a que se refiere la CLAUSULA 14. Lo anterior en aplicación del Decreto No. 1800 del 26 de junio de 2003.

La remuneración del Concesionario no incluye los derechos de usar para fines comerciales o publicitarios las áreas incluidas en las franjas de derechos de vía, casetas de peaje, estaciones de pesaje, centros de control de operación o áreas de

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

servicio del Proyecto. El uso comercial o publicitario de estas áreas será autorizado por el INCO y se realizará teniendo en cuenta lo establecido en el Apéndice B del contrato de concesión.

El Concesionario realizará todas aquellas actividades necesarias para la adecuada y oportuna prestación del servicio y el correcto funcionamiento del Proyecto de Concesión Vial "GIRARDOT - IBAGUÉ - CAJAMARCA", permitiendo la estabilidad de la vía, una adecuada movilidad de los usuarios y la continuidad de la prestación del servicio, manteniendo la seguridad vial, la comodidad y la integración con el entorno, cumpliendo para ello con los requisitos mínimos establecidos en el presente Contrato y sus Apéndices y siempre bajo el control y vigilancia del INCO.

En desarrollo del objeto del Contrato, el Concesionario deberá ejecutar -en el plazo establecido en el presente Contrato- las Obras de Construcción, Rehabilitación y Mejoramiento y todas las actividades correspondientes a la operación y mantenimiento del Proyecto, necesarias para mantener todos y cada uno de los Trayectos del Proyecto de conformidad con el Pliego, el Contrato, sus Apéndices y los requerimientos ambientales establecidos por la respectiva autoridad.

El alcance físico del Proyecto de Concesión Vial aparece indicado en los apéndices del presente contrato."

Dicho contrato, como es claro, corresponde al tipificado en el artículo 32, numeral 4, de la Ley 80 de 1993,⁸ cuyo régimen jurídico es el dispuesto en el referido estatuto, en la Ley 105 del mismo año y en lo no contemplado en esas leyes, en las normas civiles y comerciales, en tanto resulten aplicables y pertinentes.

Adicionalmente, deben considerarse las normas que regulan la Fiducia Mercantil y, para efectos de definir el alcance del proyecto, los **APÉNDICES** del Contrato, que corresponden a los siguientes:

- APÉNDICE A- Alcances del proyecto
- APÉNDICE B- Especificaciones técnicas de operación, mantenimiento y servicios al usuario
- APÉNDICE B 1- Especificaciones técnicas de construcción, mantenimiento y operación de las instalaciones de peajes y equipos
- APÉNDICE B 2- Especificaciones técnicas de operación y mantenimiento del túnel de Gualanday
- APÉNDICE C- Especificaciones y Normas Generales De Diseño, Construcción, Rehabilitación y Mejoramiento

⁸ Artículo 32. Ley 80 de 1993. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:

(...)

4o. Contrato de Concesión.

Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)**

- APÉNDICE C-1 Especificaciones Generales Para el Diseño Definitivo del Túnel de Gualanday.
- APÉNDICE D- Bienes Revertibles
- APÉNDICE E- Alcance Progresivo Del Proyecto

Al respecto, el Tribunal señala que esta modalidad contractual ha sido materia de múltiples providencias de las altas Cortes y de Laudos proferidos por Tribunales Arbitrales que considera innecesario citar⁹, pero de las que se desprende, como criterio general, que: i) se trata de un “negocio financiero en el cual el concesionario ejecuta el objeto contractual por su cuenta y riesgo”; ii) “su ejecución debe realizarse en forma permanente y adecuada y bajo el continuo control y vigilancia de la entidad concedente”; iii) “el concesionario recuperará la inversión realizada y obtendrá la ganancia esperada con los ingresos que produzca la obra, el bien o el servicio concesionado, los que podrá explotar regularmente de manera exclusiva, durante los plazos y en las condiciones fijadas en el contrato”; iv) “la remuneración puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización o, en la participación que se le otorgue en la explotación del bien o servicio, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación acordada entre las partes” y, v) “los bienes construidos o adecuados durante la concesión, deberán revertirse al estado, aunque ello no se pacte en el contrato.”

Finalmente, es importante señalar que, de acuerdo con lo indicado en el acuerdo contractual, objeto de la presente controversia, este Contrato se enmarca dentro de los denominados Contratos de Concesión de Infraestructura Vial de “Tercera Generación” que se estructuraron ante la insatisfacción de las Concesiones de 1ª y 2ª Generación, cuya nueva política y estrategia fue dispuesta en el documento “CONPES 3045 del 17 de agosto de 1999 Programa de Concesiones Viales 1998 — 2000: Tercera Generación de Concesiones” documento en el cual se determinaron las estrategias con base en las cuales se estructurarían los **Contratos de Concesión Vial de tercera generación y las acciones específicas que se debían llevar a cabo**, no obstante que este proyecto no se incorporó dentro del Grupo de las primeras 8 Concesiones que se estructuraron bajo esta política. Lo anterior en aras de atender los lineamientos y la política de concesiones viales del Plan Nacional de Desarrollo 1998 – 2002 “Cambio para construir la Paz”, que buscó impulsar la competitividad mediante la dotación de infraestructuras viales estratégicamente ubicadas, capaces de atender las demandas que plantearía el normal desarrollo de las actividades económicas y sociales.

Se destaca igualmente que para este tipo de concesiones debe tenerse en cuenta igualmente, lo previsto en el Decreto 423 de 2001, reglamentario de la Ley 448 de 1998,¹⁰ en el que se señalaron reglas para la adopción de la política de riesgo

⁹ Ver entre otras, las siguientes Sentencias del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. i) del 16 de julio de 2015. Radicación: 76001-23-31-000-2002-04055-01(41768). C.P. Hernán Andrade Rincón; ii) del 30 de noviembre de 2006 Radicación número: 11001-03-26-000-1995-03074-01(13074). C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez; iii) 18 de marzo de 2010. Exp: 1439; iv) del 9 de diciembre de 2004, Radicación: 25000-23-26-000-2002-1216-01(27921). C.P.: Ramiro Saavedra Becerra, del 19 de junio de 1998, Radicación número: 10217 C.P. Ricardo Hoyos Duque, entre otras. Y las Sentencia de la corte Constitucional C- 068 del 10 de febrero de 2009; C-300 de 2012; C- 250 de 1996 y C -711 de 9 de diciembre de 1996.

¹⁰ Ley 448 de 1998 Por medio de la cual se adoptan medidas en relación con el manejo de las obligaciones contingentes de las entidades estatales y se dictan otras disposiciones en materia de endeudamiento público.

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

contractual del Estado, así como los lineamientos contenidos, además, en los Documentos CONPES 3107 del 3 de abril de 2001 y el 3133 del 3 de septiembre de 2001, en los que se plasmó la Política de Manejo de Riesgo Contractual del Estado para Procesos de Participación Privada en Infraestructura y se indicaron las directrices que debían seguir las entidades estatales al estructurar proyectos, y, de manera específica, en lo concerniente a los referidos riesgos.

3. OTROS ASPECTOS.

Establecido lo anterior, esto es el marco normativo que debe tenerse en cuenta para dirimir las controversias que han sido planteadas, considera importante el Tribunal referirse en forma general, a dos temas que han sido planteados por la Convocante (Principio de la buena fe, y la Naturaleza y fuerza vinculante de los documentos Conpes), en tanto la precisión y alcance de estas materias, resultan ilustrativos y servirán para sentar las bases de las decisiones que se deben adoptar.

3.1 La regla de interpretación de los contratos y el principio de la buena fe.

En la cláusula 1 del referido contrato, las Partes pactaron:

“Para la adecuada interpretación de este **Contrato**, los siguientes términos que aparezcan en el presente **Contrato**, tendrán **el significado que** se les atribuye a continuación. Cada una de estas definiciones se complementa con las correspondientes definiciones del pliego de condiciones, apéndices y anexos que forman parte integral del presente contrato de concesión. (Negrillas del Tribunal)

Los términos que no estén expresamente definidos deberán interpretarse, según lo previsto en la Ley 80 de 1993 y demás normas aplicables a este **Contrato**. En caso de que la Ley no defina dichos términos, los mismos deberán interpretarse según lo previsto en el artículo 29 del Código Civil, de acuerdo con el sentido que les confiera el lenguaje técnico respectivo, o por su significado y sentido naturales y obvios, de conformidad con su uso general.”

Lo acordado permite afirmar que para la interpretación de este contrato debe considerarse además de lo previsto en el mismo, lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, el Código Civil y el Código de comercio, especialmente los artículos 1622 a 1624, normas que precisan:

Artículo 1622. Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad.

Podrán también interpretarse por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia.

O por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra parte.

Artículo 1623. Cuando en un contrato se ha expresado un caso para explicar la obligación, no se entenderá por solo eso haberse querido restringir la convención a ese caso, excluyendo los otros a que naturalmente se extienda.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)**

Artículo 1624. No pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación, se interpretarán las cláusulas ambiguas en favor del deudor.

Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella.

Asimismo, deben tenerse en cuenta lo que ordenan el artículo 1603 del Código Civil y el artículo 871 del Código de Comercio, disposiciones que, de una parte, imponen el deber a las partes de ejecutar los contratos de buena fe, principio que ahora tiene rango Constitucional y ha sido consignado en el Artículo 83 de la Constitución Política¹¹ y de otra, advierten que los contratos obligan no sólo en lo que en ellos de manera clara se expresa, *“sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella”*.

Lo anterior implica que el Tribunal debe, al momento de establecer el alcance de las obligaciones de las Partes e interpretar el contrato, efectuar una *“integración del negocio jurídico”*, a fin de determinar el real alcance de la declaración de voluntad de los contratantes y el significado de sus manifestaciones, sobre todo cuando existen aspectos oscuros o ambigüedades en lo pactado, así como, considerar las normas o leyes vigentes al momento de la celebración del contrato y la forma en que se han comportado las Partes durante la ejecución del contrato.

Sobre el concepto de integración del negocio jurídico y el principio de la buena fe contractual, resulta útil referirse a lo señalado al respecto por la doctrina nacional en la que se ha precisado:

“(…)

5. EL PROCEDIMIENTO DE INTEGRACIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO.

Como ya hemos señalado, la labor de integración del contenido del negocio jurídico, en particular del contractual, encuentra su fundamento en la norma contenida en el artículo 1603 del Código Civil, de conformidad con el cual ‘los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa,

¹¹ “Artículo 83. Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas.

Sobre este Principio la Corte Constitucional se ha pronunciado, entre otras, en la Sentencia 745 de 2012 en la cual señaló: “(...)El principio de buena fe se desprende, específicamente, del artículo 83 de la Constitución, al establecer que ‘las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas. La jurisprudencia ha señalado que dicho principio constituye un verdadero postulado constitucional, y que debe entenderse como una exigencia de honestidad y rectitud en las relaciones entre los ciudadanos y la Administración. Además ha definido el principio de buena fe, como aquel que exige a los particulares y a las autoridades públicas ajustar sus comportamientos a una conducta honesta, leal y conforme con las actuaciones que podrían esperarse de una persona correcta. En este contexto, la buena fe presupone la existencia de relaciones recíprocas con trascendencia jurídica, y se refiere a la confianza, seguridad y credibilidad que otorga la palabra dada. (...)”

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)**

sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella’.

(...)

Principio similar al consagrado en el artículo 1603 del Código Civil se establece en el artículo 871 del Código de Comercio, en el cual, como ya se ha anticipado, no obstante la semejanza con el precepto del derecho común, se amplían las fuentes para realizar la labor de integración, al disponer que, ‘[l]os contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe, y en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural’.

(...)

De conformidad con lo dicho en el apartado anterior y en particular con el texto de las normas que en el derecho privado colombiano regulan el tema, los elementos que se deben tener en cuenta en el proceso de integración son, en una primera aproximación, los siguientes:

Lo expresamente pactado, esto es, las normas autónomas creadas por las partes en virtud del ejercicio de la autonomía de la voluntad privada (regulación contractual autónoma); y,

Las consecuencias que se deriven de la naturaleza del contrato respectivo y de las obligaciones que de él surjan, o las que por la ley le pertenezcan (artículo 1603 del Código Civil), o, en materia mercantil, las que correspondan a la naturaleza del respectivo contrato, o se deriven de la ley, la costumbre o la equidad natural (art. 871 del Código de Comercio) (regulación contractual heterónoma).

La referencia que hace el legislador a la “naturaleza de la obligación” o, según se ha entendido tradicionalmente, a la naturaleza del contrato, no debe pasar inadvertida, como ocurre frecuentemente.

(...)

En una primera forma de examinar este tema, parte de la doctrina señala que los elementos de la naturaleza a que hace referencia el artículo 1603 del Código Civil no serían nada distinto a los *naturalia negotii*, que en los términos del artículo 1501 del Código Civil serían aquellos elementos de un contrato que, ‘no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial’, y dicha ‘pertenencia’ se daría a través de la aplicación de las normas legales supletivas, en las cuales estaría la regulación ‘natural’ de cada contrato. Otra interpretación, que compartimos, señala que a través de los elementos de la naturaleza se incorporan al contrato “las prácticas usuales y los estándares propios de las negociaciones honestas seguidas en el tráfico”, toda vez que las “cosas de la naturaleza” de un contrato no son ‘simplemente aquellas normas del régimen contractual sobre las cuales guardaron silencio los contratantes, porque estas normas penetran en el contrato y se instalan en él por virtud del artículo 38 de la Ley 153 de 1887. Repárese en que el artículo 1603 distingue perfectamente entre las cosas ‘que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación’ y las cosas ‘que por ley pertenecen a ella’. Luego, las primeras cosas difieren de las normas positivas contenidas en el régimen (supletorio) del respectivo contrato. Las cosas de la naturaleza del contrato son las prácticas usuales y los estándares propios del tráfico honesto entre quienes hacen del respectivo negocio jurídico su ocupación habitual’¹².

¹² VALLEJO GARCÍA, FELIPE, “El concepto de buena fe en los contratos”, Estudios de Derecho Civil. Obligaciones y contratos. Libro homenaje a Fernando Hinestrosa “40 años de rectoría. 1963-2003, t. III, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pág. 488.”

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)**

Precisado lo anterior, debemos señalar que el legislador no establece un orden específico en el que deban aplicarse las normas de integración heterónomas. (...)

En el derecho nacional OSPINA FERNÁNDEZ y OSPINA ACOSTA distinguen si el acto materia de integración es un acto típico o un acto atípico, para señalar que en el primer caso la prelación sería la siguiente:

“a) las normas legales imperativas; b) las estipulaciones lícitas de los agentes, sean esenciales o accidentales; c) las normas legales que reglamentan el acto estipulado y que están llamadas a regir por vía supletiva en el caso de silencio de los agentes al respecto; d) las normas generales de los actos jurídicos; e) la analogía de ley; y f) la analogía de derecho (Ley 153 de 1887, art. 8°); mientras que para el acto atípico, su propuesta de prelación se plantearía de la siguiente manera: a) normas legales imperativas; b) las estipulaciones lícitas de los agentes; c) las normas generales de los actos jurídicos; d) la analogía de ley; y e) la analogía de derecho”¹³
(...)

5.4. La integración y la buena fe.

Hemos dicho anteriormente que la buena fe objetiva, esto es el modelo de conducta que se considera como referente para la comunidad, por ser sinónimo de corrección, probidad, honestidad, lealtad, etc., es fuente objetiva de integración contractual, toda vez que a los contratantes les serán exigibles ciertos deberes de conducta (y a la vez tendrán ciertos derechos) derivados de la necesidad de dar al negocio jurídico cumplida efectividad de conformidad con la finalidad perseguida por las partes, haciendo ‘todo aquello que es necesario para hacer llegar a la contraparte el pleno resultado útil de la prestación debida’¹⁴, aun cuando ellas ni siquiera hayan hecho mención del asunto en su manifestación de voluntad. Se destacan al respecto los componentes de lealtad y confianza de los contratantes en relación con el comportamiento correcto y honesto de la contraparte.

Ahora bien, las aplicaciones concretas del principio, como verdadera fuente de integración, se presentarán particularmente en los contratos en los que el elemento confianza sea esencial, pues es en estos negocios jurídicos en los que la buena fe adquiere protagonismo especial para integrar la norma reguladora, originando derechos y deberes específicos y propios¹⁵. Ello no significa, sin embargo, que existan contratos en los que no sea predicable la actuación de buena fe de los contratantes, pues, como ya lo hemos señalado, el principio de buena fe tiene el alcance general, aplicable a todos los actos o negocios jurídicos.¹⁶

Pues bien, la que podríamos denominar como “buena fe integradora” produce un enriquecimiento del contenido contractual, ya que a través de ella se dota de un sentido más amplio a los deberes creados por el negocio jurídico y también se crean una serie

¹³ OSPINA FERNÁNDEZ GUILLERMO y OSPINA ACOSTA EDUARDO, op. cit., pág. 419. Para determinar este orden de prelación debe tenerse en cuenta, además, que el artículo 4° del Código de Comercio colombiano establece que “[l]as estipulaciones de los contratos válidamente celebrados preferirán a las normas legales supletivas y a las costumbres mercantiles”. STIGLITZ realiza un análisis similar para el derecho argentino, pero dentro de las fuentes de integración incluye dos que nos han parecido interesantes pues no son comunes dentro de la doctrina estudiada, como son, por una parte, “la publicidad comercial dado su carácter de fuente heterónoma de la reglamentación contractual en los contratos de consumo” y, por la otra, “la base del negocio en tanto preserva el equilibrio contractual”. STIGLITZ, RUBÉN S., Contratos Civiles y Comerciales, pág. 463.

¹⁴ BETTI, EMILIO, *Teoría general de las obligaciones*, t. I, pág. 104.

¹⁵ GARCÍA AMIGO, MANUEL, Integración..., pág. 143.

¹⁶ Sentencia de casación civil del 19 de octubre de 1994, exp. 3972, MP: CARLOS ESTEBAN JARAMILLO SCHLOSS. VALLEJO GARCÍA, FELIPE, El concepto de buena fe en los contratos..., pág. 494.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)**

de deberes especiales, que atienden particularmente a la naturaleza del contrato y a su finalidad. (...) Señala DÍEZ-PICAZO que, “estos deberes accesorios exigidos por la buena fe son de naturaleza muy variada y dependen en cada caso de las especiales circunstancias que rodean a la relación jurídica: suministrar informes sobre las cosas y sus características o aclaraciones sobre la finalidad perseguida (...)”

Finalmente, y en lo que se refiere a la buena fe contractual, es útil citar al profesor Arturo Solarte quien en su obra “Buena fe y Deberes secundarios” señala:

“2.3. La buena fe contractual.

La buena fe en sentido objetivo, que GALGANO considera se podría circunscribir a los términos de corrección o lealtad¹⁷ y que corresponde al tercer grupo de normas arriba reseñado, se manifiesta principalmente a través de la que se ha denominado como buena fe contractual. Esta categoría de la buena fe, aparte de imponer la necesaria corrección que debe existir entre las partes que intervienen en un acto o negocio jurídico, tiene una muy importante función en el ordenamiento jurídico, pues como la norma escrita no tiene la virtualidad de contemplar la totalidad de las situaciones que se pueden presentar entre los contratantes, “el principio general de corrección y de buena fe permite identificar otras prohibiciones y otras obligaciones además de aquéllas previstas por la ley; como suele decirse “cierra” el sistema.
(...)”

Según indica la doctrina uniformemente, la buena fe contractual tiene aplicación no sólo en la ejecución del acto jurídico, sino también en el desarrollo de las negociaciones y en la formación del contrato, fundamentalmente, a través del denominado deber de información. Asimismo, en esta etapa se manifiesta en el deber de no interrumpir intempestivamente y sin causa los tratos preliminares al contrato, so pena de indemnizar los perjuicios que se puedan causar, particularmente por el denominado “daño *in contrahendo*”. Por otra parte, y ya en el terreno de la ejecución de un contrato debidamente perfeccionado, la buena fe contractual hace surgir un catálogo de deberes de conducta que, de acuerdo con la naturaleza de la respectiva relación, amplía los deberes contractualmente asumidos por cada parte para con ello realizar el interés contractual de la otra parte. Finalmente, la buena fe sirve como limitación al ejercicio de los derechos subjetivos proscribiendo el abuso o la desviación en su ejercicio, e impulsa a las partes a ser coherentes en su comportamiento, evitando contradecir sus propios actos, entre otras conductas. Respecto de este último aspecto, DÍEZ-PICAZO hace referencia a algunos comportamientos que la doctrina y la jurisprudencia alemanas han identificado como conductas que no se podrían ejecutar por contrariar la buena fe, tales como el ejercicio de un derecho cuando ya ha transcurrido mucho tiempo desde su exigibilidad, el abuso de la nulidad por motivos formales, la pretensión de cumplimiento ejercitada cuando el objeto deberá ser restituido inmediatamente e, incluso, la declaración de incumplimiento por una trasgresión insignificante del plazo pactado¹⁸. Finalmente, la buena fe también tiene importante aplicación en la extinción y ‘liquidación’ de los efectos del contrato, como adelante tendremos oportunidad de comentar. Dado todo lo anterior, se comprende que la doctrina señale que, “[l]a buena fe constituye un modelo o paradigma de conducta de ‘ejecución continuada’, desde la

¹⁷ GALGANO, FRANCESCO, El negocio jurídico, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, pág. 453.

¹⁸ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS, prólogo a la obra El principio general de la buena fe de FRANZ WIEACKER, págs. 21 y 22. En el mismo sentido MEDICUS, DIETER, Tratado de las relaciones obligacionales, pág. 77. En el derecho colombiano, SERGIO MUÑOZ LAVERDE ha analizado con detenimiento las relaciones entre el principio de ejecución de buena fe y la aplicación de la teoría de la imprevisión. MUÑOZ LAVERDE, SERGIO, *La buena fe contractual*, estudio no publicado, 2003. Sobre la relación entre el principio de buena fe y el abuso del derecho puede verse la sentencia de casación civil de la Corte Suprema de Justicia del 19 de octubre de 1994, M.P. CARLOS ESTEBAN JARAMILLO S.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)**

etapa de las tratativas (punto de partida) hasta la extinción del vínculo (punto de llegada)¹⁹

En fin, el mayor protagonismo que ha adquirido en años recientes el principio general de buena fe ha contribuido a enfrentar los excesos del positivismo jurídico, pues mediante su aplicación, como ‘cláusula general’ o como ‘válvula’, se permite al juez realizar una labor jurídica creativa, cercana a las necesidades de la vida cotidiana, teniendo en cuenta las circunstancias particulares de un momento y un lugar determinados.²⁰

3. EL CONTENIDO DEL CONTRATO

Con el perfeccionamiento de un negocio jurídico las partes contratantes buscan satisfacer una determinada necesidad de tipo práctico y establecen las principales reglas de conducta que habrán de regir en el futuro su particular relación. El negocio jurídico se celebra con el fin de producir unos determinados efectos que son intencionalmente queridos por las partes. Dicha regulación, por regla general, entrará en vigor inmediatamente se perfeccione el consentimiento o, excepcionalmente, lo hará en un momento posterior, al vencerse el plazo convenido o acaecer la condición suspensiva acordada. Lo convenido entre las partes será una ‘ley’ para ellas (principio de normatividad), en el sentido de que las partes estarán constreñidas al cumplimiento, mas no en cuanto a una pretendida generalidad que sólo tiene la ley en sentido material, pues, como sabemos, la regulación contractual sólo afecta, en principio, el reducido círculo de las partes contratantes (principio de relatividad).

La regulación establecida por las partes en los contratos, esto es ‘lo que en ellos se expresa’ en los términos del artículo 1603 del Código Civil²¹, es una regulación que se puede llamar ‘autónoma’, en el sentido de que son las partes quienes en ejercicio del poder autorregulador que el ordenamiento les brinda determinan el contenido que en principio deben tener las reglas contractuales. Sin embargo, la citada regulación contractual realizada por las partes no tiene la aptitud para contemplar todos los aspectos y detalles de su futura relación. Ninguna capacidad de previsión podría contemplar la totalidad de eventos que se pueden presentar en la ejecución de una relación contractual, ni establecer, de antemano, las soluciones a toda posible controversia. Dada la citada circunstancia, debe acudir a otras fuentes de ‘reglamentación contractual’, éstas sí heterónomas, con las cuales se podrá integrar el contenido de la regulación que habrá de regir las relaciones de las partes. A través de este procedimiento se puede hallar el ‘contenido implícito’ del contrato²². En el proceso anteriormente descrito la autonomía de la voluntad se encontrará en ‘concurso’ con otras fuentes de determinación del contenido del contrato, con las que, en algunas

¹⁹ STIGLITZ, RUBÉN S., *Contratos civiles y comerciales. Parte general*, t. I. Abeledo Perrot, S.A., e I., Buenos Aires, 1998, pág. 440.

²⁰ WIEACKER, FRANZ, *op. cit.*, pág. 49 y sigs. WIEACKER señala que el principio de buena fe (parágrafo 242 del BGB), con una triple función que el autor le reconoce en el ordenamiento alemán, es el camino para introducir en el mismo un derecho de tipo judicial, pues el principio sirve para concretar el plan legal de ordenación establecido por el legislador (*officium iudicis*), representa una máxima de conducta ético-jurídica, y, finalmente, el parágrafo 242 es un medio para la ruptura ético-jurídica del derecho legal en situaciones extraordinarias. En el prólogo a la obra citada, el profesor DíEZ-PICAZO reseña las “abundantes dudas” que le suscita la introducción de un “derecho judicial”, las cuales compartimos, *op. cit.*, pág. 17 y sigs. Véase también sobre este tema: MEDICUS, DIETER, *op. cit.*, págs. 77 y 78.

²¹ “Lo pactado expresamente”, según la redacción del artículo 871 del Código de Comercio.

²² LARROUMET CHRISTIAN, *Teoría general del contrato*, vol. II, traducción de la segunda edición francesa por JORGE GUERRERO, Editorial Temis S.A., Bogotá, 1999, pág. 7.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)**

ocasiones, se podrá encontrar en posición subordinada, e, incluso, antagónica²³, lo que podría conducir a que la manifestación de voluntad sea depurada o corregida, 'para mostrarse, entonces sí, en la plenitud de su alcance y pormenores'."²⁴

Los anteriores lineamientos serán considerados por el Tribunal al momento de decidir las controversias sometidas a su estudio.

3.2 Los documentos CONPES. Su naturaleza jurídica.

Considerando que en varias de sus Pretensiones la Convocante invoca el carácter imperativo de los Documentos que expide el Consejo Nacional de Política Económica y Social CONPES, afirmaciones a las que se opone la Convocada, el Tribunal considera que al respecto debe considerarse lo siguiente:

- a) El Consejo Nacional de Política Económica y Social CONPES fue creado por la Ley 19 de 1958 y es la máxima autoridad nacional de planeación y se desempeña como organismo asesor del Gobierno en todos los aspectos relacionados con el desarrollo económico y social del país. Para lograrlo, coordina y orienta a los organismos encargados de la dirección económica y social en el Gobierno, a través del estudio y aprobación de Documentos sobre el desarrollo de políticas generales que son presentados en sesión.
- b) El Departamento Nacional de Planeación desempeña las funciones de Secretaría Ejecutiva del Consejo Nacional de Política Económica y Social CONPES y, por lo tanto, es la entidad encargada de coordinar y presentar todos los documentos para discutir en sesión. Por razón de su carácter debe considerarse que el DNP en su calidad Secretaría Técnica del CONPES tiene las siguientes funciones:
 - 1. Presentar, para su estudio y aprobación, la programación macroeconómica anual.
 - 2. Someter a su consideración el Plan Nacional de Desarrollo, en los términos señalados en la Ley orgánica del Plan.
 - 3. Presentar, para su aprobación, las políticas, estrategias, planes, programas y proyectos del Gobierno nacional.
 - 4. Presentar, para su análisis, estudios sobre la ejecución del Plan Nacional de Desarrollo y sobre las políticas, estrategias, programas y proyectos del Gobierno nacional.
 - 5. Someter, para su estudio y aprobación, las bases y criterios de la inversión pública.
 - 6. Presentar, para su estudio y aprobación, el plan financiero del sector público.
 - 7. Presentar, para su estudio y aprobación, el plan operativo anual de inversiones.
 - 8. Presentar, para su estudio y aprobación, el programa de desembolsos de crédito externo del sector público.

²³ BIGLIAZZI GERI, LINA; BRECCIA, HUMBERTO; BUSNELLI, FRANCESCO D. y NATOLI, HUGO, Derecho civil, t. I, vol. 2, Hechos y actos jurídicos, 1ª edición en español, traducción de FERNANDO HINESTROSA, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1992, págs. 643 y 644.

²⁴ FERNANDO HINESTROSA, Tratado de las obligaciones, t. I, Concepto, estructura, vicisitudes, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)**

9. Preparar y someter a su consideración los conceptos relacionados con la celebración de los contratos de empréstito de la nación o de las entidades públicas, en los términos previstos por las disposiciones legales vigentes.
10. Preparar y someter a su consideración los conceptos relacionados con el otorgamiento de garantías por parte de la nación a los contratos de crédito interno o externo de las entidades públicas, en los términos previstos por las disposiciones legales vigentes.
11. Presentar, para su estudio y aprobación, el monto y distribución de las utilidades y los superávits de las entidades descentralizadas.
12. Prestar el apoyo requerido por el CONPES en todas las demás actuaciones y funciones de su competencia.

c) La normatividad vigente que regula en Conpes es la siguiente:

- Ley 152 de 1994.
- Decreto 627 de 1974.
- Decreto 2132 de 1992.
- Decreto 2500 de 2005.
- Decreto 2148 de 2009.
- Decreto 3517 de 2009.
- Decreto 4487 de 2009.

d) Sobre los documentos CONPES la Doctrina ha señalado:

“Los Documentos CONPES son de dos clases:

La primera clase se refiere a los Documentos que contienen decisiones de política económica y social o los que con fundamento en la ley que adopta dicha política, la precisa o concreta. En el primer caso, la política pública se adopta porque no hay ley que así la determine. Vr.gr: La política pública de crecimiento verde que se adoptó con el Conpes 3934 de 2018 la cual se encuentra alineada con los compromisos internacionales relacionados con el desarrollo sostenible como la Agenda 2030 y sus Objetivos de Desarrollo Sostenible, la implementación del Acuerdo de París sobre cambio climático y las recomendaciones e instrumentos de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos y, además se articula con políticas y planes nacionales en materia sectorial y ambiental.

En el segundo caso, si la política pública está contenida en la Ley, v.gr. la Ley del Plan Nacional de Desarrollo, el CONPES la precisa o concreta en uno o varios documentos. Por ejemplo, si la Ley del Plan fija la política de vivienda de interés social y destina recursos para ejecutarla durante la vigencia plurianual del Plan, el CONPES la precisa para señalar en dónde se ejecuta (en tales Departamentos, Distritos y Municipios), cómo se distribuyen los recursos por población según su caracterización y las modalidades de aplicación: vivienda gratis, subsidios de vivienda, crédito subsidiado, etc. Otro ejemplo puede ser el de la política de transporte masivo: La ley 105 de 1993 la define y los diferentes documentos CONPES la precisan para señalar los lineamientos generales, las características y los elementos concretos -técnicos, financieros e institucionales- de cada sistema de transporte masivo, esto es, Transmilenio, Transmetro, Metrocali, Megabús, etc.

Los documentos que contienen decisiones son verdaderos actos administrativos de carácter general, de obligatorio cumplimiento para las autoridades que dependan de sus decisiones u orientaciones. Así por ejemplo, una decisión del CONPES es de obligatorio cumplimiento para los Consejos Superiores de Segundo nivel, v.gr. el

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)**

CONFIS o el Consejo Macroeconómico, para los Ministerios, Departamentos Administrativos, Unidades Administrativas Especiales, Superintendencias, Establecimientos Públicos, Empresas Industriales y Comerciales del Estado, Entidades administrativas de naturaleza especial, Empresas Oficiales y Mixtas Prestadoras de Servicios Públicos, Empresas Sociales del Estado, Institutos de Investigación Científica y Tecnológica, Asociaciones entre entidades públicas, fundaciones de carácter público y todas las entidades del orden territorial.

Tanto las regulaciones como las decisiones de carácter general forman parte de la escala normativa de los actos administrativos y se ubican por debajo de las regulaciones y decisiones que son adoptadas por el Gobierno Nacional en ejercicio de sus potestades de regulación y/o de reglamentación y están en el mismo nivel que una resolución orgánica de un órgano de control, de un Acuerdo del Consejo Superior de la Judicatura, de una Resolución del Consejo Nacional Electoral o de una Resolución de la Junta Directiva del Banco de la República.

Tales decisiones, por ser verdaderos actos administrativos, son revisables, mediante el ejercicio de la acción de nulidad ante el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, a la cual, de conformidad con el Reglamento de esa Corporación, le corresponde conocer de las decisiones que adopte el Consejo Nacional de Política Económica y Social.

En efecto, el citado Reglamento le atribuye a la Sección Cuarta del Consejo de Estado, conocer de los procesos de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho relacionados con actos administrativos expedidos por las siguientes entidades: Consejo de Política Económica y Social CONPES, Superintendencia Financiera, Junta Directiva del Banco de la República, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y Fondo de Garantías de Instituciones Financieras FOGAFIN.

Además, de no cumplirse, una decisión del CONPES es exigible por la vía de la acción de cumplimiento.

La segunda clase se refiere a los Documentos que contienen recomendaciones de política económica, las cuales no son decisiones generales ni concretas de carácter administrativo. Se limitan, como su nombre lo indica, a dar recomendaciones a diferentes autoridades tanto del orden nacional como del orden territorial que bien pueden ser adoptadas por éstas conforme a su autonomía. En tal caso, no se está en presencia de actos administrativos.

La gran mayoría de los Documentos CONPES son mixtos, lo que significa que tienen decisiones y también tienen recomendaciones. Les corresponde a los operadores jurídicos, conforme a la naturaleza de los actos y sus características, inferir cuándo estamos en presencia de un acto y cuando se está en presencia de una presencia de una simple recomendación, con las consecuencias jurídicas que hemos señalado²⁵.

4. ANÁLISIS DE CADA GRUPO DE PRETENSIONES.

Revisado el escrito de demanda reformada el Tribunal encuentra que la mayoría de las Pretensiones corresponden al tipo de las Declarativas y si bien se formulan con claridad, algunas de las expresiones utilizadas implicaron para el Tribunal un análisis preciso a partir de su formulación para establecer qué es lo que realmente pretende la CONCESIONARIA

²⁵ Cfr. Ibañez Najar Jorge Enrique “EL CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL CONPES Y SUS REGULACIONES Y DECISIONES”.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)**

SAN RAFAEL con algunas de ellas; vale decir que, el Tribunal en cumplimiento de sus deberes, trabajó en la interpretación de cada una de ellas y armónicamente buscó establecer hacia donde se dirige la demanda. Todo ello en cumplimiento y atención a lo que se consigna en el siguiente aparte.

No obstante lo anterior, como se hará referencia en varios apartes, no puede escapar el Tribunal a considerar que la Convocante optó por agrupar las pretensiones considerando la materia, pero al efectuar la agrupación, incorporó cada pretensión en tal forma que es necesario interpretarlas individualmente, atendiendo su formulación.

4.1 LAS PRETENSIONES del Grupo “VI.1 DECLARATIVAS CONCERNIENTES AL ÁREA DE SERVICIOS CHICORAL”.

En el capítulo VI.1 la Convocante consigna las Pretensiones relativas al Área de Servicios Chicoral, en los siguientes términos:

“VI.1 PRETENSIONES DECLARATIVAS CONCERNIENTES AL ÁREA DE SERVICIOS CHICORAL

PRIMERA: Se declare que el cumplimiento de la obligación comprendida en el numeral 4.2.1 Áreas de Servicio del Apéndice B del Contrato de Concesión No. 007 de 2007, ‘Especificaciones Técnicas de Operación, Mantenimiento y Servicios al Usuario’, en relación con los teléfonos públicos, las zonas de alimentación y la enfermería dotada, se concreta en la provisión de cuatro (4) unidades de teléfonos, quinientos (500) metros cuadrados de área para zona de alimentación y cien (100) metros cuadrados de área para la enfermería.

SEGUNDA: Se declare que la obligación correspondiente a la provisión de cuatro (4) unidades de teléfonos públicos prevista en el numeral 4.2.1 del Apéndice B del Contrato de Concesión No. 007 de 2007, ‘Especificaciones Técnicas de Operación, Mantenimiento y Servicios al Usuario’, es una obligación de imposible cumplimiento por cuanto en la zona en la que se encuentra ubicada el Área de Servicios Chicoral ningún operador presta el servicio de telefonía fija, por cuanto no existen redes telefónicas en la zona, con capacidad para hacer llamadas locales o nacionales.

TERCERA: Se declare que no obstante que la obligación de proveer líneas de teléfonos públicos fijos en el Área de Servicios Chicoral es de imposible cumplimiento la Concesionaria San Rafael S.A. ha satisfecho la demanda de telefonía de los usuarios de las vías en esa zona mediante la provisión cuatro líneas de tecnología IP.

CUARTA: Se declare que la venta de alimentos y bebidas no hace parte del débito obligacional a cargo de la Concesionaria San Rafael S.A. puesto que en ninguno de los documentos Contractuales se contempla tal obligación y, en todo caso, ello desborda el objeto y naturaleza del Contrato de Concesión No. 007 de 2007.

QUINTA: Se declare que en tanto la Concesionaria San Rafael S.A. construyó para el Proyecto, y entregó a la Agencia Nacional de Infraestructura-ANI, un área de quinientos (500) metros cuadrados destinados a la zona de alimentación en el Área de Servicios Chicoral, ésta cumplió con la obligación contemplada en el numeral 4.2.1 Áreas de Servicio del Apéndice B del Contrato de Concesión No. 007 de 2007, ‘Especificaciones Técnicas de Operación, Mantenimiento y Servicios al Usuario’ relativa a las zonas de alimentación.

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

SEXTA: Se declare que la provisión de servicios médicos no hace parte del débito obligacional a cargo de la Concesionaria San Rafael S.A. puesto que en ninguno de los documentos Contractuales se contempla tal obligación y, en todo caso, ello desborda el objeto y naturaleza del Contrato de Concesión No. 007 de 2007.

SÉPTIMA: Se declare que en tanto la Concesionaria San Rafael S.A. construyó para el Proyecto, y entregó a la Agencia Nacional de Infraestructura-ANI, un área de cien (100) metros cuadrados destinados a la enfermería en el Área de Servicios Chicoral, debidamente dotada, ésta cumplió con la obligación contemplada en el numeral 4.2.1 Áreas de Servicio del Apéndice B del Contrato de Concesión No. 007 de 2007, 'Especificaciones Técnicas de Operación, Mantenimiento y Servicios al Usuario' relativa a la enfermería dotada.

OCTAVA: Se declare que las condiciones que debe observar la Concesionaria San Rafael S.A. para realizar la Operación del Área de Servicios Chicoral son las mínimas previstas y no más que ellas, en el numeral 4.2.1 del Apéndice B del Contrato de Concesión No. 007 de 2007, 'Especificaciones Técnicas de Operación, Mantenimiento y Servicios al Usuario', que se concretan en (i) El pago de servicios públicos de los locales estará a cargo del Concesionario, (ii) La recolección de basuras en el caso que no exista una compañía en la zona encargada de esta labor, estará a cargo del Concesionario, (iii) Las reparaciones locativas estarán a cargo del Concesionario, (iv) La limpieza de las áreas comunes estará a cargo del Concesionario, (v) El mantenimiento de la iluminación y pago de los servicios públicos de las áreas exteriores a los locales y oficinas será por cuenta del Concesionario; Respecto de las áreas a qué estaba obligado construir la Concesionaria San Rafael S.A. en las cabidas y con las dependencias que se definen en el numeral 4.2.1 del Apéndice B 'Especificaciones Técnicas de Operación, Mantenimiento y Servicios al Usuario' mismo que los servicios vinculados a dichas áreas.

NOVENA: Se declare que la Concesionaria San Rafael S.A. ha cumplido durante la ejecución del Contrato de Concesión No. 007 de 2007 con las condiciones mínimas previstas en el numeral 4.2.1 del Apéndice B del Contrato de Concesión No. 007 de 2007, 'Especificaciones Técnicas de Operación, Mantenimiento y Servicios al Usuario', que se enunciaron en la Pretensión anterior, por cuanto ha provisto al Área de Servicios Chicoral de todos los servicios y actividades que tales condiciones han reclamado.

DÉCIMA: Que como consecuencia de las declaraciones anteriores se disponga que la Concesionaria San Rafael S.A. ha cumplido cabalmente con las obligaciones consagradas en el numeral 4.2.1 del Apéndice B del Contrato de Concesión No. 007 de 2007, 'Especificaciones Técnicas de Operación, Mantenimiento y Servicios al Usuario', y en ese sentido no ha lugar a atender ningún requerimiento que se refiera a obligaciones no contempladas dentro de las precisas que se definen en la Pretensión Octava anterior

DÉCIMA PRIMERA: Que como consecuencia de las declaraciones anteriores, y dado que la Concesionaria San Rafael S.A. ha cumplido cabalmente las obligaciones consagradas en el numeral 4.2.1 del Apéndice B del Contrato de Concesión No. 007 de 2007, 'Especificaciones Técnicas de Operación, Mantenimiento y Servicios al Usuario', se disponga que ninguna sanción de orden punitivo o indemnización de orden resarcitorio o que connote el simple ejercicio de una facultad contractual le resulta imponible".

4.1.1 La posición de la Convocante.

La Convocante con este grupo de pretensiones persigue que el Tribunal se pronuncie sobre el alcance de las obligaciones relativas a las áreas de servicio y contenidas en el numeral

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

4.2.1 del Apéndice B, y en tal sentido indique que éstas se limitan a la instalación de teléfonos públicos, a la construcción de la enfermería y de la zona de alimentación en el Área de Servicios Chicoral, así como a la realización de las actividades mínimas de operación allí previstas.

Como consecuencia de lo anterior solicita que se declare: i) que la Concesionaria ha cumplido con las obligaciones relativas a las **ÁREAS DE SERVICIO CHICORAL**, ii) que la obligación de instalar los teléfonos públicos es de imposible cumplimiento, pero aun así la Concesionaria ha cumplido mediante la instalación y la provisión de cuatro líneas de tecnología IP; iii) que no está obligada a prestar el “*servicio de alimentación*” ni tampoco a proveer “*servicios Médicos*” y, en esa medida, no debe atender ninguno de los requerimientos efectuados por la Interventoría y por la ANI y, por ende, no procede imponer sanción de orden punitivo o indemnización de orden resarcitorio.

Sustenta estas pretensiones en varios hechos (págs. 20 a 23), que se resumen a continuación:

1. CONCESIONARIA SAN RAFAEL, atendiendo lo dispuesto en el Capítulo 4, numeral 4.2.1. del Apéndice B del Contrato de Concesión No. 007 de 2007, relativas a las “*especificaciones técnicas de operación, mantenimiento y servicios al usuario*”:
 - i) Construyó y dotó el Área de Servicios Chicoral (PR16+0900 Variante Chicoral - Ruta 4004B). Lo anterior consta en el Acta de Inicio de la Etapa de Operación del Tramo 1 “Variante Chicoral”, en la que, además, no obra glosa alguna.
 - ii) El 17 de septiembre de 2010, puso en funcionamiento la referida el Área de Servicio. Desde la entrega y hasta la fecha ha operado en forma permanente e ininterrumpida, de tal manera que los usuarios de las vías Concesionadas han tenido acceso a la misma.
2. Previo al inicio de la Etapa de Operación y Mantenimiento del Proyecto, que tuvo lugar el 1º de diciembre de 2014, según consta en el Acta de Iniciación suscrita el 30 de enero de 2015, la Interventoría y la ANI verificaron las áreas y el cumplimiento de todas las obligaciones y condiciones a cargo de la Concesionaria. No dejó glosa alguna.
3. Ex post facto, la Interventoría Consorcio MAB, realizó unas observaciones y/o reclamos en relación con los ítems correspondientes a teléfonos públicos, zonas de alimentación y enfermería. Indicó que los teléfonos públicos no se encuentran en funcionamiento; que en las zonas de alimentación no se expenden alimentos, y que la enfermería, si bien está dotada, se encuentra cerrada y no se prestan servicios de enfermería o paramédicos.
4. La Concesionaria se opuso a las apreciaciones de la Interventoría en tanto considera que ha cumplido con lo exigido en el -Apéndice B- del Contrato de Concesión, porque: (i) Entregó el espacio para la zona de alimentación, (ii) puso en servicio de los usuarios cuatro líneas de teléfono tecnología IP (por cuanto en la zona no existen redes de telefonía pública -fija- y, (iii) dotó la enfermería con los elementos propios de su naturaleza y, (iv) Ha dado cumplimiento a las condiciones mínimas de operación,

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

previstas en el numeral 4.2.1 del Apéndice B. Asimismo afirma que dentro de las obligaciones adquiridas, no se encuentra la prestación de servicios médicos o de enfermería ni tampoco la venta de alimentos o bebidas.

Con fundamento en los hechos expuestos la Convocante señala que si se lee con detenimiento el texto del numeral 4.2.1 del Apéndice B del Contrato de Concesión No. 007 de 2007, **surge con claridad, que la obligación de la Concesionaria ... se circunscribía a diseñar, construir ... las Áreas de Servicios; ...** y, respecto de los servicios que estas áreas debían albergar (numeral 4.2.1 del Apéndice B) que ***“De la lectura ... del textono aparece ... que la Concesionaria debía seleccionar y contratar personal médico, paramédico o auxiliar ..., como tampoco ocuparse del acopio de insumos, producción de alimentos y comercialización de los mismos...”***. A partir de lo anterior concluye que ***“el incumplimiento alegado por las firmas Interventoras y apropiado por la Agencia Nacional de Infraestructura no ha lugar por la potísima razón de que la obligación que se tilda como incumplida no existe”***.

Solicita que, aún si se admitiera en gracia de discusión que la obligación existe y fue incumplida, se declare que la ANI y la Interventoría desconocieron los principios de confianza Legítima y buena fe, en tanto recibieron ***“el Área de Servicios Chicoral que fue construida y entregada al servicio de usuarios, en el año de 2010”***, sin efectuar glosa alguna y, además, durante los 8 años siguientes, esto es hasta el año 2018, no requirieron a la Concesionaria ***“por la ausencia de personal médico, paramédico que atendiera la enfermería o reclamara por la no dotación de las zonas de alimentación en el sentido de carecer de instalaciones de cocina, utensilios, muebles y enceres y, más aún, chefs, meseros, etc.”***

En adición a lo anterior, sostiene que en el evento en que el Tribunal le diera al ***“numeral 4.2.1 un entendimiento distinto del que surge de su tenor literal-***, invoca lo dispuesto en el inc. 1 artículo 1624 C..C, según el cual cuando ***“una cláusula ambigua que haya sido dictada por una de las partes sea acreedora o deudor”***, ésta debe interpretarse en favor del deudor.

Finalmente, aduce la preclusión de la potestad sancionatoria. Sostiene que la ANI y la Interventoría han debido reclamar ***“la inexistencia del personal médico, paramédico o de auxiliares y lo demás recursos humanos y elementos materiales que permitieran la elaboración y comercialización de alimento”***, en el momento en que fue entregada al área de servicio (el día 17 de septiembre de 2010), en razón a que ***“la potestad sancionatoria precluye cuando han transcurrido 3 años luego de ocurrida la acción u omisión que puede ser objeto de sanción”***, lapso que en este caso ya transcurrió.

4.1.2. La oposición de la ANI.

La ANI en su escrito de contestación se opuso a las pretensiones de la Convocante y se refirió a cada hecho. De lo indicado, se extraen las siguientes afirmaciones y/o hechos:

1. El contrato de concesión, en el capítulo cuarto del apéndice B, precisa las obligaciones relativas a las áreas de servicio a cargo de la Concesionaria, texto que en lo que se

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

refiere al numeral 4.2.1 fue modificado mediante Otrosí No. 5 de fecha 6 de agosto de 2010 (cláusula tercera).

De lo que obra en los documentos contractuales, se desprende que las obligaciones de la Concesionaria en relación con las áreas de servicio no se contraen a construir y dotar las áreas de servicio de acuerdo con los planos récords entregados por ésta -en los que se debía especificar la localización de las áreas mínimas requeridas en el apéndice, e instalar los teléfonos públicos-, sino que también incluye la *“obligación de mantener en funcionamiento las áreas, incluyendo el servicio de venta de alimentos y enfermería”*, obligación que la Interventoría considera incumplida por parte de la Concesionaria.

2. La Interventoría (Consortio MAB) afirma que verificó y constató que, desde octubre de 2014 y hasta la fecha, en el área de servicio de Chicoral, i) la zona de alimentación no ha estado en funcionamiento y no se presta ningún servicio al usuario; ii) que la enfermería, desde el inicio de la operación está cerrada, no se ha puesto en funcionamiento y no cuenta con personal calificado que pueda atender una situación de emergencia.
3. Por razón de lo anterior, la Interventoría requirió a la Concesionaria²⁶ con el fin de que implementara los servicios complementarios en las áreas de servicio, de acuerdo con lo establecido en el Contrato y en el Apéndice B *“especificaciones técnicas de operación, mantenimiento y servicios al usuario”*
4. Con posterioridad a lo anterior, la Interventoría verificó que:
 - El 13 de marzo de 2019, la Concesionaria realizó la instalación de los dos teléfonos faltantes en el área de servicio Chicoral, completando así un total de cuatro unidades, que están en correcto funcionamiento.
 - Desde febrero de 2020 la Concesionaria estacionó una de sus ambulancias en el área de servicio de Chicoral *“por lo que se entiende que el personal capacitado de la ambulancia podría atender una emergencia, en la enfermería”*.
5. En 2019, la Interventoría, una vez la ANI envió su concepto respecto de las diferencias existentes entre las Partes, apremió a la Concesionaria para que, en un plazo no mayor a 30 días, remitiera los soportes de cumplimiento de la obligación relacionada con el funcionamiento de la zona de alimentación y la enfermería del área de servicio de Chicoral.

Con fundamento en lo antes expuesto, la ANI formuló la excepción de incumplimiento por parte de la Concesionaria *“de las obligaciones contenidas en el numeral 4.2.1 del Apéndice B “Especificaciones técnicas de Operación, Mantenimiento y Servicios al Usuario” del contrato de concesión relativas a los teléfonos públicos, las zonas de alimentación y la enfermería”*.

²⁶ Ver comunicación C1082./GC1785/14/7.3.2 del 24 de octubre de 2014, aportada como Prueba No 9 de la reforma de la demanda.

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

4.1.3. El concepto del Ministerio Público.

El señor Agente del Ministerio Público inició su concepto exponiendo las posiciones de cada una de las Partes respecto del cumplimiento de la Concesionaria de las obligaciones previstas en el numeral 4.2.1 Áreas de servicio, en concreto las relativas a la provisión de teléfonos públicos, la zona de alimentación y la enfermería dotada.

En primer lugar, advirtió que los reclamos relativos a la enfermería y a la provisión de teléfonos públicos en el área de servicio de Chicoral, carecen de relevancia en razón a que en el proceso se comprobó que la Concesionaria en el 2019 dio cumplimiento a estas dos obligaciones. En efecto, tanto la ANI como la Interventoría han dejado constancias y/o reconocido que la Concesionaria, desde marzo de 2019 instaló en el área de servicio de Chicoral, los dos teléfonos faltantes que reclamaba la Interventoría, y dispuso una ambulancia que se encuentra parqueada y cuenta con el personal requerido y capacitado para prestar el servicio de emergencia en la enfermería.

A partir de lo anterior, pasa a referirse a la única discrepancia pendiente dentro de este grupo de pretensiones, esto es, la relativa a la zona de alimentación, esto es, el área de 500 metros cuadrados, en la que no se vende alimentos. En desarrollo de lo anterior, el Señor Procurador procedió a examinar lo pactado en la cláusula 1.7 (definición de área de servicio) del contrato y los numerales 4.2 “servicios Complementarios” y 4.2.1. del Apéndice B y señaló que de la interpretación de estos acuerdos y de la aplicación del sentido lógico que tiene el término “PRESTAR UN SERVICIO”, que supone “OFRECER UNA COSA A ALGUIEN”, se infiere que la obligación de la Concesionaria, *“no puede circunscribirse a proporcionar las meras instalaciones”* para que, como sucede en este caso, *“nadie lo preste”*.

Precisó que es fundamental tener en cuenta que el sentido del contrato es ofrecer servicios a los usuarios de la vía para que éstos cuenten con servicios de *“atención de víctimas de accidentes”, “suministro de bienes para la operación” (como gasolina, aceites, agua aire etc.), servicios de “telefonía, “servicios sanitarios” y venta de alimentos”* y en tal virtud, **esa medida no resulta ser “desproporcionada ni alejada al objeto contractual”**.

Finalmente, se pronunció respecto de la afirmación de la Convocante según la cual, la Concesionaria únicamente está obligada a realizar las condiciones previstas en el numeral 4.2.1 del Apéndice. Señaló que estas condiciones si bien son las mínimas, no son las únicas que debe realizar para la operación de las áreas de servicios de atención de los usuarios.

En virtud de lo expuesto concluyó: *“... en el contrato se estableció que el concesionario debía no solo construir una vía y las instalaciones para la prestación de los servicios complementarios, sino la prestación de los mismos, el no prestar alguno de los específicamente señalados en el contrato equivale a incumplirlo”*.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)**

4.1.4 Los problemas Jurídicos por resolverse.

Estudiadas las pretensiones planteadas en la demanda reformada y las excepciones de mérito propuestas en la contestación a la misma, el Tribunal deduce que los asuntos que debe dirimir en este punto se traducen en los siguientes problemas jurídicos:

1. ¿De acuerdo con lo pactado en el numeral 4.2.1 del Apéndice B., las obligaciones de la Concesionaria relativas a las áreas de servicio se concretan en la provisión de 4 teléfonos públicos y en el diseño y construcción de una zona de alimentación y enfermería debidamente dotada y, en lo que se refiere a la operación, a la realización de las actividades mínimas listadas en el numeral 4.2.1?
2. ¿La obligación de provisión de teléfonos públicos se tornó en una obligación de imposible cumplimiento? Y, si pese a lo anterior, ¿la Concesionaria cumplió con esa obligación, al proveer de 4 líneas telefónicas IP?
3. ¿De acuerdo con lo dispuesto en la cláusula 4.2.1 del Apéndice B, está obligada la Concesionaria a prestar el servicio de “venta de alimentos” y la provisión de “servicios médicos”?
4. ¿La Concesionaria cumplió con la obligación de entregar a la ANI, la construcción de la zona de alimentación y enfermería en el área de servicio de Chicoral?
5. La operación de las áreas de servicio impone a la CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A. cumplir con las condiciones mínimas listadas y previstas en el numeral 4.2.1 del Apéndice B del Contrato de Concesión No. 007 de 2007. ¿En tal sentido, la Concesionaria ha cumplido con esta obligación al haber provisto al Área de Servicios Chicoral de todos los servicios y actividades que tales condiciones han reclamado?
6. A partir de lo anterior, ¿debe la Concesionaria atender o no, los requerimientos efectuados por la Interventoría y por la ANI respecto de los teléfonos públicos, la enfermería y la zona de alimentación? y, ¿si procede o no la imposición de sanción de orden punitivo o indemnización de orden resarcitorio?

Para resolver estos interrogantes, el Tribunal, considera necesario, en primer lugar, referirse y transcribir las disposiciones contractuales que regulan tales obligaciones, esto es, tanto las que se refieren a las áreas de servicio, como aquellas que se refieren a los servicios.

4.1.5. Lo pactado en relación con las Áreas de Servicio.

El Tribunal revisará en forma separada lo pactado entre las Partes en los diferentes documentos contractuales. En tal sentido primero transcribirá lo pactado en el Contrato y, a continuación, lo que se dispone en cada uno de los Apéndices en relación tanto con las áreas de servicio y con algunos de los servicios que la Parte Convocante menciona.

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

4.1.5.1 El Contrato de Concesión No. 007 del 13 de agosto de 2007.

Revisado el texto contractual debe considerarse para los efectos de esta controversia lo dispuesto en las cláusulas 1.7, 2, 10.34; 26 y 42 del Contrato, en la medida en que en tales disposiciones se fijaron, de una parte, las definiciones de los términos que habrán de considerarse para los fines del contrato y, de otra, las obligaciones de la Concesionaria relacionadas con dichas áreas y a los servicios.

Las referidas cláusulas disponen:

- Cláusula 1 numeral 1.7 relativa a la definición de áreas de Servicio, reza:

CLÁUSULA 1. DEFINICIONES
(...)

1.7 Áreas de servicio. -

Serán las instalaciones diseñadas, construidas y/o adecuadas por el Concesionario, destinadas a prestar los servicios complementarios de la Concesión y de atención a usuarios. Su número mínimo, así como y los criterios para su ubicación, entre otros, están definidos en las Especificaciones técnicas de Operación, Mantenimiento y Servicios al Usuario”.

- En la cláusula 2, se precisó el objeto del Contrato en los siguientes términos:

CLAUSULA 2 OBJETO DEL CONTRATO.

“El objeto del presente **Contrato**, es el otorgamiento al **Concesionario** de una concesión para que de conformidad con lo previsto en el artículo 32, numeral 4, de la Ley 80 de 1993 y en la Ley 105 del mismo año, realice por su cuenta y riesgo, los estudios y diseños definitivos, gestión predial, gestión social, gestión ambiental, financiación, construcción, rehabilitación, mejoramiento, operación y mantenimiento del proyecto de concesión vial “GIRARDOT – IBAGUE – CAJAMARCA”.

El **INCO** concede por medio de este **Contrato al Concesionario** el uso y la explotación del **Proyecto de Concesión Vial “GIRARDOT -IBAGUE – CAJAMARCA”**, bajo el control y vigilancia del **INCO**, por el tiempo de ejecución del **Contrato**. Para que sea destinado al servicio público de transporte, a cambio de la remuneración a que se refiere la CLAUSULA 14. Lo anterior en aplicación del Decreto No.1800 del 26 de junio de 2003.

La remuneración del **Concesionario** no incluye los derechos de usar para fines comerciales o publicitarios las áreas incluidas en las franjas de derechos de vía, casetas de peaje, estaciones de pesaje, centros de control de operación o áreas de servicio del **Proyecto**. El uso comercial o publicitario de estas áreas será autorizado por el **INCO** y se realizará teniendo en cuenta lo establecido en el Apéndice B del contrato de concesión.

El Concesionario realizará todas aquellas actividades necesarias para la adecuada y oportuna prestación del servicio y el correcto funcionamiento **del Proyecto de Concesión vial “GIRARDOT – IBAGUÉ – CAJAMARCA”**, permitiendo la estabilidad de la vía, una adecuada movilidad de los usuarios y la continuidad de la prestación del servicio, manteniendo la seguridad vial, la comodidad y la integración con el entorno,

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

cumpliendo para ello con los requisitos mínimos establecidos en el presente **Contrato** y sus **Apéndices** y siempre bajo el control y vigilancia del **INCO**.

En desarrollo del objeto del **Contrato**, el **Concesionario** deberá ejecutar -en el plazo establecido en el presente **Contrato**- las **Obras de Construcción, Rehabilitación y Mejoramiento** y todas las actividades correspondientes a la operación y mantenimiento del **Proyecto**, necesarias para mantener todos y cada uno de los **Trayectos** del **Proyecto** de conformidad con el **Pliego**, el **Contrato**, sus **Apéndices** y los requerimientos ambientales establecidos por la respectiva autoridad.

El alcance físico del **Proyecto de Concesión Vial** aparece indicado en los apéndices del presente contrato.

- En la cláusula 10 se pactaron las “**OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO**” y dentro de ellas se destacan las previstas en los numerales 26,34 y 51, que establecen:
(...)

10.26. Suministrar, instalar y operar, los equipos y el personal necesarios para operar las estaciones de peaje, Las Estaciones de Pesaje, los Centro de Control de Operación, las áreas de servicio, y en general la infraestructura de operación, en las condiciones previstas en ese contrato y sus apéndices.

(...)

10.34 Prestar los servicios a los usuarios del proyecto de manera confiable, segura, continua en los términos de este Contrato y sus Apéndices

(...)

10.64 Durante la etapa de operación el concesionario deberá mantener los equipos y los servicios correspondientes a la seguridad vial, de acuerdo con las especificaciones descritas en las Especificaciones de Operación y mantenimiento.

Finalmente, en la cláusula 42 se consignó lo relativo a la instalación y operación de estas áreas y sus costos, en los siguientes términos:

“CLAUSULA 42 ESTACIONES DE PEAJE, DE PESAJE, CENTROS DE CONTROL DE OPERACIÓN Y ÁREAS DE SERVICIO.

La instalación y operación de estaciones de peaje, así como la construcción y operación de los Centros de Control de Operación, de las Áreas de Servicio y de las estaciones de Pesaje, se ceñirán a lo previsto en las especificaciones técnicas correspondientes que hacen parte integral del presente contrato.

Los costos de adecuación de las estaciones de Peaje existentes y de instalación de las estaciones nuevas, necesarios para que dicha infraestructura cumpla con los requerimientos de este contrato y sus apéndices- especialmente el Apéndice B1. Correrán por cuenta y riesgo del concesionario. De igual manera, los costos de instalación y operación de los centros de control y operación de las áreas de servicio y de las estaciones de pesaje serán por cuenta y riesgo del concesionario (Subraya el Tribunal)

(...)

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

4.1.5.2 El APÉNDICE A “Alcances del proyecto”.

El Apéndice A, contiene una descripción del Proyecto y del alcance del mismo. Los numerales 2.1 a 2.5, se refieren a los trabajos y las obligaciones que la Concesionaria debe ejecutar en cada uno de los 5 tramos en que se desarrolla el mismo y, en el numeral 2.6 se precisan las actividades generales que debe realizar en “todos los trayectos”, disposición esta última que reza:

“2.6 ACTIVIDADES GENERALES PARA TODOS LOS TRAYECTOS.

Además de las obras y actividades descritas anteriormente para cada uno de los trayectos, el concesionario deberá ejecutar las obras y actividades siguientes:

(...)

12. Prestación de servicios de seguridad vial, atención al usuario y demás servicios previstos en el Apéndice B, desde la suscripción del Acta de inicio del contrato de Concesión y durante todo el plazo de la concesión”.

De la disposición transcrita, se desprende que la Concesionaria no solamente se le concedió la construcción, mantenimiento y operación, de unas calzadas y obras de infraestructura determinadas en forma clara para cada uno de los tramos, sino que también se le encargó e impuso la **obligación de prestar en todos los tramos del proyecto**, desde el inicio del contrato y durante todo el plazo de la Concesión, **los “servicios” y actividades determinados y previstos en el apéndice B**.

4.1.5.3 El Apéndice B.

El Apéndice B del Contrato de Concesión No. 007 de 2007 contiene las “*especificaciones técnicas de operación, mantenimiento y servicios al usuario*”. En dicho documento se establecen:

- (i) Los principios que debe considerar la Concesionaria para la operación de las carreteras, dentro de los que se encuentran el de continuidad, regularidad y calidad del servicio técnico y de atención al Usuario (capítulo I);
- (ii) Las “*especificaciones de mantenimiento para las carreteras*” (capítulo II),
- (iii) Los procedimientos para medir el índice de estado (capítulo III),
- (iv) **Los servicios que ha de prestar la Concesionaria, diferenciando entre los “servicios básicos” y los “servicios complementarios” (capítulo IV) y,**
- (v) Las actividades de operación, mantenimiento y **servicios** a los usuarios en cada una de las etapas del contrato

En lo que se refiere a los principios de la operación²⁷ que según el Contrato deben ser considerados ante cualquier vacío o conflicto que se presente en la ejecución del contrato, el Tribunal destaca el de regularidad, que se define y precisa en los siguientes términos:

²⁷ El capítulo I del Apéndice B se refiere a los PRINCIPIOS DE LA OPERACIÓN y se precisa su contenido. Dichos principios según se advierte, rigen “La operación de las carreteras concesionadas” y se concretan en los siguientes “continuidad, regularidad, calidad del servicio técnico y de la atención al usuario, tecnología de avanzada, cobertura, seguridad vial e integridad de la vía”. Adicionalmente, Cualquier vacío o conflicto que se presente en la aplicación de este reglamento deberá ser llenado o resuelto con base en estos principios”.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)**

“1.1.2 REGULARIDAD

Se entiende por regularidad la obligación que tiene el Concesionario de ofrecer un servicio operacional mínimo en forma permanente; esta obligación será exigible respecto de cada uno de los servicios que debe prestar el Concesionario, tales como: Casetas de Peaje, Estaciones de Pesaje, disponibilidad de ambulancia, servicios de grúa, carro-taller, primeros auxilios médicos y mecánicos, servicios de comunicaciones, inspección del tránsito, Áreas de Servicio al público, etc.”.

De otra parte y en lo que se refiere a las áreas de servicio y a los servicios que la Concesionaria está obligado a prestar, el Tribunal considera que deben tenerse en cuenta en esta materia, algunas de las disposiciones contenidas en el capítulo 4, en concreto, el numeral 4.1 sobre servicios básicos, sub numeral 4.1.7 relativo a los servicios de primeros auxilios a personas y, el numeral 4.2 sobre los “*servicios complementarios*”, sub numeral 4.2.1 “*Áreas de Servicio*”, disposiciones que regulan la misma materia, esto es, “*los servicios*” y las instalaciones destinadas a su prestación, y que por tanto, en concepto del Tribunal, deben interpretarse en forma integral y conjunta, en razón a que unas y otras se complementan.

Las referidas cláusulas disponen:

“CAPITULO IV

4 SERVICIOS.

Los servicios que deberá prestar el Concesionario se clasifican en servicios básicos de la concesión y servicios complementarios de atención a los usuarios.

4.1 SERVICIOS BÁSICOS.

Se trata de servicios esenciales de la concesión y que no tienen cobro directo al usuario adicional a la tarifa de Peaje, son los siguientes:

- Mantenimiento de la vía.
- Manejo y Control Ambiental
- Paraderos para el Transporte Público.
- Operación y seguimiento del tránsito.
- Control del peso de vehículos de carga.
- Operación de las **Casetas de Peaje**.
- Vigilancia de las instalaciones.
- Comunicaciones con el Centro de **Control de Operación**.
- Seguridad y Cobertura de Riesgos del Proyecto y de los usuarios de la vía.
- Primeros auxilios a vehículos y remoción del vehículo hasta un punto determinado de la jurisdicción de la concesión.
- Primeros auxilios a personas y atención de las personas hasta un sitio determinado dentro de la jurisdicción de la concesión, o si se requiere hasta el hospital o centro de salud en el cual el Concesionario tenga vínculos de atención, o donde el médico del Concesionario determine.
- Seguridad vial.

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

Estos servicios son obligatorios y esenciales para la adecuada operación de la vía, **serán prestados directamente o indirectamente por el Concesionario**, quien en todo caso será el único responsable de garantizar en todo momento al usuario la prestación de estos servicios los cuales no tienen cobro directo al usuario, salvo la tarifa de Peaje”.

(...)

4.1.7 PRIMEROS AUXILIOS A PERSONAS.

El Concesionario deberá garantizar la adecuada atención a los usuarios de la vía en caso de presentarse accidentes de tránsito; para ello el Concesionario:

a) Deberá disponer de manera permanente, durante las 24 horas del día, de dos (2) ambulancias, con el fin de garantizar la prestación de primeros auxilios y el traslado a los centros hospitalarios de los usuarios que puedan resultar lesionados en accidentes de tránsito en la vía concesionada. Para esto podrá celebrar convenios con terceros o adquirirlas a cualquier título. Lo anterior sin perjuicio de que al final de la concesión deba entregar al INCO, a título traslativo de dominio, las ambulancias que se incluyen en la lista de bienes revertibles.

b) Deberá contar con el equipo médico necesario (las ambulancias deberán ser operadas por un paramédico y un conductor auxiliar del paramédico), o en su defecto deberá celebrar convenios con los hospitales y centros de atención médica ubicados en los distintos municipios aledaños a la vía concesionada, con el fin de garantizar la adecuada atención médica de los usuarios que puedan resultar lesionados en accidentes de tránsito en la vía concesionada.

c) Garantizar la prestación del servicio de desvare y remolque de los vehículos de los usuarios de la vía concesionada. Para esto podrá celebrar convenios con terceros o adquirirlos a cualquier título. Lo anterior sin perjuicio de que al final de la concesión deba entregar al INCO, a título traslativo de dominio, las grúas y carro-talleres que se incluyen en la lista de bienes revertibles.

El Concesionario deberá garantizar un tiempo de respuesta de los anteriores servicios a los usuarios, inferior a treinta (30) minutos.

(...)

Al finalizar la operación el Concesionario deberá registrar todas las novedades a este respecto, resumiendo el tiempo de atención, la distancia del Centro de Control de Operación, el tipo de servicio prestado, el número de personas accidentadas, los tiempos de atención a las personas y demás aspectos, para entrega de informes mensuales, así como para consulta de otras autoridades.

• Ambulancia

Desde la entrega de la vía al Concesionario, deben permanecer disponibles al menos dos (2) ambulancias con equipo completo, con un conductor y paramédicos las 24 Horas del día y deberá cumplir con las exigencias en materia de recurso humano, dotación, equipos de intervención menor y la oportunidad de atención a los usuarios de acuerdo con lo reglamentado por las autoridades nacionales en el área de salud. La reposición de las ambulancias se efectuará por los menos cada cinco años, término que se contará a partir de la entrega de las mismas; los equipos del apoyo logístico y la dotación de primeros auxilios (drogas) se exigirán en número y reposición de acuerdo con la normatividad vigente que dicte la Autoridad Nacional en el área de salud, en la reglamentación del manejo de ambulancias y en lo referente a los cuidados del tratamiento del manejo de las drogas o fármacos. En defecto de tal normatividad,

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)**

operarán las normas obligatorias o voluntarias que tiene establecido el Gobierno Nacional por medio del Consejo Nacional de Normalización.

El equipo mínimo del cual deberá disponer la ambulancia en todo momento, en perfecto estado, (requerimientos de la Autoridad Nacional de Salud) es el siguiente:

(...)

Y los demás equipos, suministros o materiales que estén estipulados en las normas obligatorias o voluntarias en materia de ambulancias”.

4.2 SERVICIOS COMPLEMENTARIOS:

Consisten en servicios de atención al usuario, que tampoco tienen cobro directo, adicional a la tarifa de peaje, correspondientes a servicios de información, servicios sanitarios y de telefonía ubicados en los Centros de Control de Operación. Adicionalmente estos servicios incluyen la prestación de primeros auxilios tanto a personas en el caso de presentarse accidentes de tránsito, así como primeros auxilios a vehículos. En la concesión, se establece la obligación de mínimo un centro de control de operación.

Los servicios complementarios de atención al usuario son los siguientes:

- Atención y traslado de víctimas de accidentes fuera de la jurisdicción de la concesión a un centro hospitalario en ambulancia u otros vehículos, como helicóptero.
- Remoción de vehículos averiados fuera de la jurisdicción de la concesión a un sitio de reparación.
- Servicios de suministros de bienes para operación de vehículos
- Servicios sanitarios.
- Servicios de venta de alimentos.
- Servicio de telefonía convencional y celular.
- Los servicios que el Concesionario considere con el fin de mejorar la calidad de los servicios prestados a los usuarios.

“4.2.1 ÁREAS DE SERVICIO

A partir de los seis meses siguientes a la suscripción el [Sic] Acta de Inicio de Ejecución del Contrato, deben permanecer, en funcionamiento como mínimo dos Áreas de Servicio en los sitios que proponga el Concesionario y que correspondan a los de mayor demanda.

Las Áreas de Servicio deben incluir como mínimo:

- Teléfonos públicos: 4 unidades
- Zonas de alimentación: 500 m2
- Sanitarios: 8 unidades
- Puestos de parqueo: 1000 m2
- Oficina de Policía de Carreteras: 150 m2
- Oficina de Administración: 200 m2
- Enfermería dotada: 100 m2
- Zonas de recibo y circulaciones: 50 m2

Sin embargo, si el Concesionario, dentro de los estudios, estima que deberá instalar un número mayor de Áreas de Servicio que las estimadas en este Apéndice para una mejor operación del Proyecto, él será el responsable de su ubicación y operación. En todo caso, las Áreas de Servicio adicionales deberán cumplir con los requisitos mínimos indicados en este numeral.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)**

Debe permanecer personal suficiente para vigilancia de instalaciones, recaudos y transporte de los mismos, dotado del equipo necesario para sus labores.

Las condiciones mínimas con que el Concesionario debe realizar la operación de las Áreas de Servicio son las que se detallan a continuación:

- El pago de servicios públicos de los locales estará a cargo del Concesionario.
- La recolección de basuras en el caso que no exista una compañía en la zona encargada de esta labor estará a cargo del Concesionario.
- Las reparaciones locativas estarán a cargo del Concesionario.
- La limpieza de las áreas comunes estará a cargo del Concesionario.
- El mantenimiento de la iluminación y pago de los servicios públicos de las áreas exteriores a los locales y oficinas será por cuenta del Concesionario.” (Subrayas fuera de texto)

Dicho texto fue modificado y adicionado mediante Otrosí No. 5 suscrito el 6 de agosto de 2010, cuya cláusula tercera dispone:

“CLAUSULA TERCERA: Modificar el numeral 4.2.1 del Apéndice B del Contrato de concesión 007 de 2007, **en el sentido de precisar la oportunidad en que se pondrán en funcionamiento las Áreas de Servicio** en los siguientes Términos:

“El concesionario deberá poner en funcionamiento como mínimo dos Áreas de Servicio en los sitios que proponga. Para tales efectos una de dichas áreas se encontrará ubicada en la variante Chicoral y estará en funcionamiento al momento de entrada en operación de esta variante **y, la otra, ubicada en el sector de Gualanday, se encontrará en funcionamiento a más tardar al inicio del tercer año de la Etapa de Construcción y Rehabilitación”.**

Finalmente, se advierte que en el capítulo V de este Apéndice B, rotulado “*actividades de operación, mantenimiento y servicios a los Usuarios*”, se detallan las actividades que la Concesionaria debe realizar en cada una de las etapas del contrato. Se resalta de lo que allí se consigna que, en todas las etapas del proyecto, a saber: en la de “pre-construcción” (numeral 5.1), en la de “construcción y rehabilitación” (numeral 5.2) y en la de “operación y mantenimiento” (numeral 5.3), se le impuso a la Concesionaria la obligación de **prestar** entre otros, los siguientes servicios: i) “**servicios de primeros auxilios a personas**” y ii) “**servicios complementarios**”, categoría esta última, dentro de los que se encuentran, como ya se precisó, los servicios de “*Atención y traslado de víctimas de accidentes ... en ambulancia u otros vehículos*”, “*Servicio de venta de alimentos*” y “*Servicio de telefonía convencional y celular*”.

4.1.6. Análisis y conclusión sobre la PRIMERA Pretensión Principal, relativa al alcance de las obligaciones previstas en el numeral 4.2.1 del Apéndice B.

Como ya se anunció el Tribunal iniciará, con un análisis del objeto y del alcance del contrato, en aras de efectuar, a partir de ello, una interpretación completa, integral y conjunta de las cláusulas contractuales y de los demás acuerdos contenidos en los diferentes documentos, y con base en ello decidir el verdadero alcance y contenido de las obligaciones previstas en el numeral 4.2.1. del Apéndice B. En desarrollo de lo anterior observa:

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

El objeto del Contrato de Concesión suscrito para el desarrollo del Proyecto vial “GIRARDOT – IBAGUÉ – CAJAMARCA”, es la realización, por cuenta y riesgo del concesionario de (i) los estudios y diseños definitivos, (ii) la gestión predial, la gestión social y la gestión ambiental, (iii) la financiación del proyecto; (iv) la construcción, rehabilitación, mejoramiento del proyecto y (v) la operación y mantenimiento del mismo.

Como se desprende de lo indicado, es claro que la Concesionaria no solamente debe ejecutar en el plazo establecido las Obras de Construcción, Rehabilitación y Mejoramiento, sino además está obligada a realizar, desde el inicio de la etapa de operación y hasta finalizar la concesión, las actividades correspondientes a la operación y mantenimiento del Proyecto, dentro de las que se encuentran: i) la de suministrar, instalar y **poner en funcionamiento** las instalaciones y la infraestructura de operación vinculada al mismo- como son las áreas de servicio-, ii) atender los requerimientos ambientales establecidos por la respectiva autoridad ambiental y, iii) **prestar los servicios indicados** en el contrato y **en el Apéndice B, en todos y cada uno de los cinco Trayectos del Proyecto, en forma confiable, continua, regular y segura, como son los servicios de seguridad vial, de atención al usuario, los básicos y los complementarios, estos últimos que serán prestados en las áreas de servicio construidas, adecuadas y/o dispuestas por la Concesionaria para tal fin.**

Ahora bien, en lo que se refiere a las Áreas de servicio, de las disposiciones contractuales se desprende que la Concesionaria adquirió las siguientes obligaciones:

1. Diseñar, construir o adecuar, como mínimo dos áreas, una en la variante Chicoral y la otra en el sector de Gualanday, las que deberán contar con las siguientes instalaciones y elementos:
 - 4 unidades Teléfonos públicos:
 - Zonas de alimentación (500 m2)
 - 8 unidades de Sanitarios:
 - Puestos de parque: (1000 m2)
 - Oficina de Policía de Carreteras (150 m2)
 - Oficina de Administración (200 m2)
 - Enfermería dotada (100 m2)
 - Zonas de recibo y circulaciones (50 m2)
2. Poner en funcionamiento dichas áreas. La primera, al momento de entrada en operación de la variante Chicoral y, la segunda, ubicada en el sector de Gualanday, a más tardar, al inicio del tercer año de la Etapa de Construcción y Rehabilitación.
3. Contar y disponer permanentemente con el personal suficiente para vigilancia de instalaciones, recaudos y transporte de los mismos, **así como dotarlo del equipo necesario para sus labores.**
4. **Operar las Áreas de Servicio**, teniendo en cuenta para tales fines la naturaleza y el tipo de servicio, la finalidad y destinación que, de acuerdo con el contrato, tienen estas áreas, que no es otra que la prestación de los servicios de atención al usuario y demás servicios complementarios, contemplados en el Apéndice B.

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

En concordancia con lo anterior y en relación con los SERVICIOS, se concluye, que la Concesionaria está obligado a lo siguiente:

1. Prestar, desde la suscripción del Acta de inicio del contrato de Concesión y durante todo el plazo de la concesión, los servicios de seguridad vial, y los **servicios básicos de la operación y los servicios complementarios de atención al usuario** previstos y definidos en el Apéndice B.
2. Prestar los *“Primeros auxilios a personas y atención de las personas”*, servicio calificado como básico, cuya prestación es esencial y obligatoria, respecto del cual se exige, como es obvio, contar con el equipo médico necesario y las ambulancias operadas por un paramédico y un conductor auxiliar del paramédico (numeral 4.1.1).
3. Prestar el servicio complementario de *“Atención y traslado de víctimas de accidentes fuera de la jurisdicción de la concesión a un centro hospitalario en ambulancia u otros vehículos”*, el que junto con el de primeros auxilios se reitera, imponen a la Concesionaria contar con el personal adecuado y con el equipo de ambulancias exigidas para efectuar el traslado de las víctimas y tener disponible, **en funcionamiento y operar**, el área o infraestructura adecuada para estos fines, la que en criterio de este Tribunal, no puede ser otra que la enfermería de 100 m2, diseñada, construida y dotada por la Concesionaria, en tanto es la que resulta adecuada para prestar, en un determinado momento y en los casos y circunstancias que el personal médico lo consideren necesario, el servicio de primeros auxilios y la atención de las víctimas de accidentes ocurridos en la vía.
4. Prestar, poner en funcionamiento y operar hasta terminar el plazo de la concesión, el servicio de telefonía convencional y celular, para lo cual debe instalar 4 “teléfonos públicos” en las dos áreas de servicio (numeral 4.2.1.).
5. Prestar y operar durante todo el plazo de la concesión, el servicio de *“de venta de alimentos”*, actividad que como su propio nombre lo indica, implica la realización de todo el conjunto de actividades necesarias para poder ofrecer productos o alimentos y satisfacer las necesidades de los clientes y usuarios de la vía. En esa medida se entiende que la Concesionaria no solamente deberá contar con los insumos y alimentos que pretende vender y el personal necesario para su preparación o atención, sino que debe hacerlo en la zona de alimentación de 500m2, que diseñó y construyó en los términos exigidos en el numeral 4.2.1.

De acuerdo con todo lo expuesto es forzoso afirmar, que si bien es cierto que a la Concesionaria se le impuso en el numeral 4.2.1 la obligación de construir y adecuar unas áreas de servicio, y que esa infraestructura y/o el suministro de determinados elementos fueron entregados y recibidos a satisfacción por parte de la ANI, tema al que se referirá el Tribunal más adelante, también es cierto que las obligaciones de la Concesionaria previstas en este numeral deben interpretarse de manera integral con las demás que se consignan en otras partes del Contrato y que, en forma clara y expresa, le imponen mantener esa infraestructura, **operarla y ponerla en funcionamiento**, así como **prestar**,

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

entre otros, los servicios al usuario, los servicios básicos y complementarios indicados en el contrato, algunos de los cuales según su naturaleza o fin, podrán o deberán prestarse en las áreas de servicio dispuestas para ello, cuestión que implica, por supuesto, contar con el personal y los insumos que sean necesarios para desplegar todas esas actividades, así como tener estas áreas a disposición, dotadas y en funcionamiento.

Así las cosas, el Tribunal considera **que no le asiste razón a la Concesionaria cuando afirma que su obligación respecto de las áreas de servicio se concreta únicamente en el diseño, adecuación o construcción y en el caso de la enfermería la dotación de ésta**. Un entendimiento en el sentido pretendido por la Concesionaria, implicaría desconocer, de una parte, lo que significa “Prestar” u “operar” un servicio y, de otra, reducir la obligación de la Concesionaria a la entrega de una infraestructura o de espacios, que si bien están disponibles, no podrían ser utilizados para los fines que fueron construidos, adecuados y destinados, interpretación que sin duda alguna desconoce tanto el objeto y el alcance del contrato que ordena operar y poner en funcionamiento las áreas del servicio y la definición que contractualmente se le otorgó al término “áreas de servicio”, como la que tienen, en su sentido natural y obvio, los verbos “operar” y “funcionar”.

Las anteriores consideraciones resultan suficientes entonces para decidir el primer problema jurídico planteado en el acápite 5.2 y **en tal sentido despachar la PRETENSIÓN PRIMERA, que será denegada**, en razón a que, como ya se expuso, el Tribunal considera que el *“cumplimiento de la obligación comprendida en el numeral 4.2.1 Áreas de Servicio del Apéndice B del Contrato de Concesión No. 007 de 2007, “Especificaciones Técnicas de Operación, Mantenimiento y Servicios al Usuario en relación con los teléfonos públicos, las zonas de alimentación y la enfermería dotada”, no se concreta, expresión que según la RAE,²⁸ significa limitar a una sola cosa, a la “provisión de cuatro (4) unidades de teléfonos, quinientos (500) metros cuadrados de área para zona de alimentación y cien (100) metros cuadrados de área para la enfermería”, sino que, se repite, implica poner en funcionamiento y operar estas áreas destinadas a las prestación de unos servicios que la Concesionaria igualmente está obligada a prestar atendiendo el principio de regularidad*, dentro de los que se encuentran los servicios básicos de la operación y los servicios complementarios de atención al usuario, actividades que para ese Tribunal, imponen suministrar los elementos e insumos que en cada caso se requieren, contar con el personal que sea necesario y adecuado para realizar las actividades que permitan prestar el servicio bajo los estándares de calidad, regularidad y continuidad exigidos en el presente contrato.

Los argumentos expuestos, resultan suficientes para, de una parte, afirmar que la Concesionaria tiene la obligación de instalar en las áreas de servicio los teléfonos que le permitirían prestar el servicio de telefonía convencional o celular,-obligación que ninguna

²⁸ Según la RAE, el verbo concretar significa:

1. tr. Hacer concreto algo.
2. tr. Combinar o concordar algunas especies y cosas.
3. tr. Reducir a lo más esencial y seguro la materia sobre la que se habla o escribe.
4. prnl. Reducirse a tratar o hablar de una sola cosa, con exclusión de otros asuntos.

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

de las Partes discute pues frente a ésta lo que se pretende es que se declare que la misma es de imposible cumplimiento, tema que se abordara a continuación- y, de otra, para decidir si la Concesionaria se encuentra igualmente obligada a prestar el “servicio de venta de alimentos” y a proveer “los servicios médicos”.

4.1.7. Análisis y conclusión sobre las pretensiones SEGUNDA Y TERCERA relativas a la obligación de proveer líneas de teléfonos públicos y sobre su imposibilidad de cumplimiento.

En relación con el servicio de instalación de teléfonos públicos, obligación cuya existencia, se repite, ninguna de las Partes discute, el Tribunal procede a resolver el segundo problema jurídico planteado en el numeral 5.1, que se concreta en definir si esta obligación de proveer 4 teléfonos públicos es de imposible cumplimiento por el hecho de que *“en la zona en la que se encuentra ubicada el Área de Servicios Chicoral ningún operador presta el servicio de telefonía fija, por cuanto no existen redes telefónicas en la zona, con capacidad para hacer llamadas locales o nacionales”* y si, como consecuencia de ello, y con la instalación por parte de la Concesionaria de 4 teléfonos de tecnología IP puede entenderse cumplida la respectiva obligación.

En aras de definir este punto, el Tribunal debe señalar que dentro de nuestro ordenamiento jurídico una declaratoria de esta naturaleza tiene como efecto primordial liberar o exonerar al deudor del cumplimiento de la obligación de hacer cuando la prestación resulta legal o físicamente imposible y por tanto es inexigible.

En este sentido debe tenerse en cuenta lo precisado por la doctrina, en la que se afirma que este modo de extinguir obligaciones se fundamenta en el principio según el cual “nadie está obligado a ejecutar cosas imposibles” e igualmente, en el principio de equidad general, que en estos casos se encaminaría a “no hacer responsable al deudor de los hechos que le ocurran a la cosa, sin que tenga los medios para prevenirlos o contrarrestarlos²⁹. Lo anterior con fundamento en lo dispuesto en el artículo 1729 del Código Civil que prevé que *“cuando el cuerpo cierto que se debe perece, o porque se destruye o porque deja de estar en el comercio, o porque desaparece y se ignora si existe, se extingue la obligación ...”*.

La doctrina nacional advierte que, si bien nuestro ordenamiento jurídico ha guardado silencio respecto de la imposibilidad de ejecución en las obligaciones de hacer, el mismo se aplica a todo tipo de obligaciones, esto es, las de dar, hacer y no hacer, teniendo en cuenta igualmente, lo que prevé el artículo 1518 que establece que, si el objeto de la obligación “es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible”. Así las cosas, en estos casos se admite en forma unánime que *“si el deudor de un hecho no puede ejecutarlo puede invocar esta imposibilidad cuando se ha producido sin hecho o culpa suya y no está constituido en mora”*³⁰.

²⁹ Cubides Camacho, Jorge. Obligaciones. Quinta edición, Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas. 2005.

³⁰ Ibidem págs. 508 y 509.

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

Adicionalmente es importante tener en cuenta que la doctrina³¹ ha precisado que para que **el deudor quede liberado de las obligaciones** que le corresponden, en caso de imposibilidad de cumplimiento, se deben reunir los siguientes requisitos a saber:

- 1.- La imposibilidad ha de ser causada por un hecho no imputable al deudor.
- 2.- La imposibilidad de cumplimiento de la obligación ha de **ser objetiva y definitiva**, por lo que excluye que sea temporal o pasajera, en tanto esta produce la consecuencia de exonerar de responsabilidad al deudor por el retraso en el cumplimiento.
- 3.- La imposibilidad debe ser sobrevenida, es decir, posterior al nacimiento de la obligación.
4. Debe existir una imposibilidad física (cuando es materialmente irrealizable) o legal (cuando el ordenamiento lo prohíbe), absoluta, duradera y dicha imposibilidad no es equiparable a una dificultad. En tal medida, No cabe alegar imposibilidad cuando es posible cumplir mediante la modificación racional del contenido de la prestación de modo que resulte adecuado a la finalidad.
- 5.- No hay imposibilidad cuando se puede cumplir con un esfuerzo o la voluntad del deudor.

Precisado lo anterior, el Tribunal procede a examinar lo que quedó probado en el plenario y al respecto destaca:

- i) En el acta de inicio de operación del tramo 1, suscrita en septiembre de 2010 entre la Concesionaria y la ANI, consta que para esa fecha se encontraba pendiente de cumplimiento en las áreas de servicio, la instalación de los teléfonos públicos.³²
- ii) En diciembre de 2012, la Concesionaria informó a la Interventoría sobre la imposibilidad de instalar en las áreas de servicio de los tramos 1 y 3, los teléfonos públicos fijos, en razón a que no existían para esa fecha redes para su instalación y uso. Indicó igualmente que procedería a su instalación cuando la empresa dote los tramos de la red correspondiente³³. En marzo de 2014, la Concesionaria solicitó nuevamente a Telefónica Móviles, la instalación de 23 líneas telefónicas para varios lugares³⁴ y en junio de 2014 Movistar informó sobre la imposibilidad de instalar los teléfonos públicos solicitados³⁵.
- iii) En agosto de 2018, la Concesionaria atendió un requerimiento de la Interventoría e informó que NO es cierto que en el área no se prestan los servicios. Preciso igualmente

³¹ Ver Alessandri, Arturo; Somarriva Manuel; Vodanovic, Antonio. Tratado de las obligaciones. Volumen III. Modificación y extinción de las obligaciones. págs. 128 y ss.; Santiago de Chile, Editorial jurídica de Chile 2001. Castro Marcela (Dir.). Derecho de las Obligaciones tomo II. Volumen II. Bogotá, D.C. Universidad de los Andes. Facultad de Derecho. Ediciones Uniandes. Editorial Temis. 2010 y Ospina Fernández. Régimen General de las Obligaciones. Bogotá, Editorial Temis. 1998.

³² Acta de inicio de la etapa de Operación Tramo 1 “Variante Chicoral” de fecha 17 de septiembre de 2010. Prueba documental No. 10 de la Reforma de la Demanda.

³³ Comunicación GIC- 2012-001487 del 26 de diciembre de 2012, aportada como Prueba Documental No 12 de la reforma de la Demanda.

³⁴ Comunicación GIC-IB-2014-0328 de 12 de marzo de 2014. Prueba Documentales Nos 13 de la Reforma de la demanda.

³⁵ Prueba documental No. 13 de la demanda reformada.

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

frente al servicio, que en la actualidad se viene prestando con dos Unidades (teléfonos tecnología IP), ante la imposibilidad de instalar teléfonos fijos.

Asimismo, que dada la poca influencia de visitantes se concluyó con la Interventoría anterior, que con dos unidades bastaba para atender la demanda de usuarios³⁶.

- iv) En septiembre de 2018, la Concesionaria elevó una nueva solicitud ante Telefónica Móviles (Movistar), reiterando la necesidad de instalar teléfonos en el área de servicios de Chicoral. La empresa respondió la referida comunicación en octubre de 2018 en la que informó que el servicio de teléfonos públicos solicitados “no están dentro de los planes actuales de nuestro portafolio”. Dicha solicitud se puso en conocimiento de la Interventoría en noviembre de 2018³⁷.
- v) La Interventoría, desde el mes de marzo de 2018 y hasta marzo de 2019 efectuó varios requerimientos a la Concesionaria³⁸. En ellos dejó constancia de la instalación de 2 teléfonos, y le solicitó cumplir con la instalación de los 2 faltantes, en tanto de acuerdo con lo pactado en el mismo, son 4. La Concesionaria dio respuesta a los requerimientos mediante comunicaciones que fueron aportadas al plenario³⁹ en las que reiteró la imposibilidad de cumplir con la instalación de teléfonos públicos por falta de redes. La ANI compartió la posición de la Interventoría⁴⁰.
- vi) En marzo de 2019, la Concesionaria procedió a instalar los dos teléfonos faltantes, en aras de cumplir con los requerimientos que fueron realizados por la Interventoría⁴¹. Según consta en los informes de seguimiento, elaborados por la Interventoría entre febrero de 2019 y enero de 2020⁴², la Interventoría considera cumplida la obligación de instalar 4 teléfonos. En síntesis, la Interventoría ha considerado que con la instalación de esos 4 teléfonos tecnología IP, la Concesionaria atendió los requerimientos efectuados y cumplió la obligación⁴³.

De acuerdo con lo anterior el Tribunal considera que las anteriores pruebas permiten corroborar que efectivamente CONCESIONARIA SAN RAFAEL, por los menos hasta el año 2018, no pudo instalar las unidades de teléfonos públicos fijos por falta de redes y de

³⁶ Comunicación GIC-IB 2018-0595 del 31 de agosto de 2018. Prueba Documental No 4 de la contestación de la demanda.

³⁷ Prueba documental No 22 de la demanda reformada.

³⁸ Comunicaciones CMAB 1-476-0034-18 del 13/06/2018; CMAB 1-476-0201 del 23/08/2018; CMAB 1-476-0271-18 del 18/09/2018; CMAB 1-476-0330-18 del 10/10/2018; CMAB 1-476-394-18 del 01/11/2018; CMAB 1-476-0015-19 del 09/01/2019 y CMAB 1-476-0210-19 del 13/03/2018 y CMAB-1.476.0304-19 del 22/04/2019, (pruebas 10 a 17 de la contestación de la demanda; y 28 de la demanda reformada, respectivamente)

³⁹ Comunicaciones GIC-IB-2018-0595 del 31/08/18; GIC-IB-2018-1466 del 16/10/18; GIC-IB-2018-415 del 21/03/19 (Pruebas 4 a 6 de la demanda reformada).

⁴⁰ Oficio 2019-305-002059-1 del 2 01/2019. Prueba documental No. 23 de la contestación demanda reformada.

⁴¹ Ver pruebas documentales 19 y 20 de la contestación de la reforma de la demanda.

⁴² Informes de seguimiento, aportados como documental No 20 de la Contestación de la reforma de la demanda. y registros fotográficos (pruebas 19 y 21 de la contestación a la reforma de la demanda).

⁴³ Frente al tema téngase en cuenta la declaración de MARÍA CAROLINA CONTRERAS ENCINALES que al respecto señaló que para cumplir con la condición de los 4 teléfonos la Concesionaria utilizó una tecnología IP, como un celular, teléfonos que actualmente están en funcionamiento y el registro fotográfico aportado como prueba 21 A de la contestación de la demanda reformada.

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

un operador que prestara el servicio de telefonía fija en la zona y que esa fue la razón por la que no pudo proveer 4 “teléfonos públicos”, lo que deja claro y evidencia la dificultad existente para dar cumplimiento a la misma. Pese a lo anterior, no obra prueba alguna reciente, que permita asegurar y constatar que las condiciones de la zona en la actualidad siguen siendo las mismas y que tal situación se mantiene y, en esa medida, que se trata de una imposibilidad definitiva y permanente. Adicional a lo anterior, el Tribunal encuentra que la obligación puede ser cumplida en otra forma, a fin de satisfacer la finalidad y propósito que se persigue, prueba de lo anterior y así se probó en el plenario, es que la Concesionaria procedió a instalar inicialmente dos líneas de tecnología IP y, posteriormente, instaló las otras dos líneas telefónicas faltantes que le fueron requeridas, y que según la Interventoría permiten entender cumplida la obligación, a través de las cuales se está prestando en la actualidad el servicio de telefonía a los usuarios.

Lo anterior implica reconocer que, si bien la Concesionaria tuvo dificultades para cumplir la obligación en los términos estrictos del contrato, esta dificultad no puede considerarse de la entidad suficiente para calificar que la obligación se tornó de “imposible cumplimiento” con los efectos legales que tal declaración impone y que se concretan en liberar al deudor del cumplimiento de la obligación, y entenderla extinguida. Lo anterior básicamente porque en este caso no se dan los requisitos legales para su declaratoria, si se tiene en cuenta que esta situación no solamente no es total, absoluta y definitiva, sino porque quedó demostrado que, a través de la “modificación racional del contenido de la prestación” fue posible cumplir y atender la finalidad que con ella se persigue, como en efecto lo hizo la Concesionaria al instalar con la aveniencia de la Interventoría las dos líneas telefónicas faltantes, con tecnología IP, en aras de atender el requerimiento y poder prestar el servicio de telefonía a los usuarios de la vía, servicio que de acuerdo con el contrato, puede ser convencional y celular y se ha venido prestando.

En este sentido, habiendo subsanado el incumplimiento y no existiendo en la actualidad ningún requerimiento de la Interventoría ni de la ANI respecto del servicio telefónico que se viene prestando a los usuarios a través de las líneas telefónicas de tecnología IP, sino por el contrario una aceptación expresa de cumplimiento, es preciso concluir que con la instalación de esas líneas telefónicas, la Concesionaria cumplió con la obligación de proveer las 4 líneas telefónicas y, en esa medida, ha satisfecho la demanda de telefonía de los usuarios.

Por las razones expuestas, el Tribunal **desestimar**á la **PRETENSIÓN SEGUNDA en los términos en que fue solicitada** encaminada a que declare que la obligación es de imposible cumplimiento; sin perjuicio de lo anterior y dado que el Tribunal considera que se trató de una obligación de difícil cumplimiento y que además se acreditó que el fin perseguido con esa obligación, se cumplió en otra forma, **ACCEDERÁ PARCIALMENTE A LA PRETENSIÓN TERCERA, a fin de declarar que si bien no se trata de una obligación de imposible cumplimiento sino de difícil cumplimiento, la Concesionaria cumplió con la obligación de proveer las 4 líneas telefónicas y ha satisfecho la demanda de telefonía de los usuarios**.

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

4.1.8. Análisis y conclusión sobre las pretensiones CUARTA Y SEXTA, relacionadas con la obligación de prestar el servicio de ventas de alimentos y bebidas y los servicios médicos.

Procede el Tribunal a examinar y resolver el tercer problema jurídico planteado, que se concreta en establecer si de acuerdo con el contrato, la Concesionaria está obligada a prestar el “servicio de venta de alimentos” y a proveer “servicios médicos” en el área de servicio de Chicoral.

En cuanto a los de “venta de alimentos”, el Tribunal reitera lo ya expresado, esto es, que esta actividad está listada en forma expresa, dentro de los servicios complementarios a que se refiere el numeral 4.2.1 del Apéndice B, y en esa medida no es necesario hacer un examen adicional del tema, en tanto basta una lectura para concluir que en efecto la Concesionaria está obligada a vender alimentos y bebidas en la zona de alimentación destinada para ello en el área de servicio.

Asimismo, el Tribunal considera que la prestación de este servicio supone o implica, por las razones ya expuestas al inicio de este acápite, adquirir los insumos y alimentos que pretenden vender y contar con el personal necesario para su preparación y para la atención al usuario. En este punto el Tribunal destaca los múltiples requerimientos efectuados por la Interventoría ya referenciados y algunas de las comunicaciones aportadas al plenario en las que la Concesionaria de alguna manera reconoce lo que hoy pretende desconocer, esto es, que está obligada a prestar el servicio de alimentos, servicio que fue prestado, según verificó la Interventoría hasta el año 2014⁴⁴.

Al respecto resulta ilustrativa la Comunicación GIC-2015-0339 de fecha 25 de febrero de 2015, en la que la Concesionaria al responder un requerimiento de la Interventoría que solicita informar la fecha en que quedarán establecidos los servicios, afirma que tanto el área de servicio de Gualanday, como la de Chicoral “cuentan con los espacios y la infraestructura necesaria para garantizar la prestación de los servicios establecidos” y, especialmente los de suministro de bienes para operación de vehículos y los de venta de alimentos, e igualmente señala que “Ha adelantado las gestiones tendientes a garantizar la prestación de los servicios; los cuales por las condiciones de mercado existentes sobre el corredor vial, no permiten asegurar la estabilidad y permanencia de los mismos, obligado a quienes los han asumido, a cerrarlos”, razón por la que informa que iniciará nuevamente procesos de invitación privada para su prestación.

Asimismo, las comunicaciones GIC-2015-0519 del 17 de marzo de 2015, CIG-BG-2016-0887 de 29 de junio de 2018 y GIC- BG-2018-1466 del 16 de octubre de 2018⁴⁵, en las que la Concesionaria solicita a la ANI la “modificación” del contrato, a fin de incorporar estipulaciones existentes en los contratos de concesión de cuarta generación 4G, en los que se regulan la llamada “Explotación Comercial” de las áreas de servicio y, finalmente la comunicación GIC-IB-2018-0595 del 31 de agosto de 2018, en la que la Concesionaria

⁴⁴ Comunicación C 1082/GC1785/14/7.3.2 del 24 de octubre de 2014, aportada como prueba Documental No 9 de la Contestación de la demanda.

⁴⁵ Pruebas Documentales No 14 y 19 de la demanda reformada y 2 y 5 de la Contestación de la demanda reformada.

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

señala que No es cierta la afirmación de la Interventoría según la cual no se están prestando servicios en las áreas de Chicoral, y frente al servicio de alimentación aclara que el restaurante que venía funcionando fue cerrado, dada la poca afluencia de personas y la dificultad que esta situación ha significado para conseguir un nuevo operador.

Lo anterior impone declarar que no le asiste razón al demandante, quien afirma que la obligación de la Concesionaria prevista en el numeral 4.2.1, se concreta en tener disponible el área de 500 m2, construida y destinada para la zona de alimentación.

Finalmente, el Tribunal debe aclarar que esta área y servicio difieren del espacio de cafetería y del servicio que la Concesionaria debe prestar en el centro de control de operación CCO, en cumplimiento de lo dispuesto en el numeral 4.3 del mismo Apéndice B y, en esa medida, no pueden considerarse los argumentos expuestos por la Concesionaria en ese sentido.

Ahora bien, en cuanto a la provisión de servicios médicos destaca que del Apéndice B se desprende, de manera igualmente clara, la obligación de la Concesionaria de prestar el servicio básico de *“primeros auxilios a personas”* y el servicio complementario de *“Atención y traslado de víctimas de accidentes ... en ambulancia”*, servicios que implican, sin lugar a dudas, vincular y contratar el personal médico que puede prestarlos, suministrar las ambulancias, los instrumentos, equipos y elementos que sean necesarios y que se exigen en el capítulo 4 del Apéndice B del Contrato, así como tener en funcionamiento el área de enfermería, la que de acuerdo con el numeral 4.2.1 debe estar dotada y disponible para ser utilizada en el momento en que el personal médico lo requiera para prestar los servicios médicos antes indicados.

Lo anterior impone concluir que al igual que en el caso anterior, la obligación de la Concesionaria prevista en el numeral 4.2.1 debe interpretarse de manera integral y conjunta con las demás disposiciones que se contienen en el capítulo 4 del mismo Apéndice, de las que surge con claridad que la provisión de servicios médicos, hace parte de las obligaciones a cargo de la Concesionaria, obviamente en los términos y condiciones allí dispuestos y, por tanto, no se concreta en tener disponible y dotada la enfermería - dotación que fue cumplida por la Concesionaria y no se discute- sino que se requiere que lo instalado esté en funcionamiento y, además, que se cuente con un personal médico capacitado para prestar los servicios de primeros auxilios, así como que se suministren los equipos e insumos para tal efecto.

En concordancia con lo expuesto, el Tribunal **denegará** las **PRETENSIONES CUARTA Y SEXTA**, en razón a que como ya precisó considera que la Concesionaria está obligada, de acuerdo con el Contrato No. 007 de 2007 y sus Apéndices, a proveer el servicio de “venta de alimentos y bebidas” en la zona de alimentación dispuesta para el efecto, y los “servicios médicos” de primeros auxilios y de atención de emergencias, con el personal, el alcance y en los términos dispuestos en el Apéndice B del contrato, así como mantener en funcionamiento para estos mismos fines, la enfermería dotada.

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

4.1.9. Análisis y conclusión sobre las pretensiones QUINTA Y SÉPTIMA, relacionadas con la obligación de construir las áreas destinadas a la zona de alimentación y la Enfermería.

A continuación, el Tribunal entra a examinar el cuarto problema jurídico planteado en el numeral 5.1, relativo a *la entrega de las instalaciones en el área de servicio de Chicoral correspondientes a la enfermería y a la zona de alimentación*. En tal sentido procede a definir si la Concesionaria cumplió con la construcción y entrega a la ANI, de un área de 500 metros² destinados a la zona de alimentación y de un área de cien (100) metros² destinados a la enfermería, ambas en el Área de Servicios de Chicoral.

El Tribunal encuentra que con las pruebas aportadas se acreditó lo siguiente:

- i) El 17 septiembre de 2010, la Concesionaria, en atención a lo pactado en el Otrosí No. 5, hizo entrega al INCO de la infraestructura y obras del tramo 1, dentro de las que se encuentran la enfermería y la zona de alimentación ubicadas en el área de servicios de Chicoral. Como consecuencia de ello ambas Partes suscribieron el acta de inicio de operación del tramo 1 variante Chicoral⁴⁶.

En dicha acta consta, además: i) la verificación previa que hicieron el INCO y la Interventoría respecto del cumplimiento de las obligaciones pactadas en el Contrato y los Apéndices para poder dar inicio a la etapa de operación; ii) las actividades que se encontraban pendientes; y, iii) las observaciones y los compromisos adquiridos respecto de cada uno de los alcances de las obras ejecutadas.

Consta, en relación con las áreas de servicio, la entrega de las mismas al INCO y los siguientes comentarios, constancias y pendientes:

“3. ALCANCE DE OBRAS ENTREGADAS CORRESPONDIENTES AL TRAMO 1
“VARIANTE CHICORAL” (pág. 6)

“ALCANCES SEGÚN APENDICE B y B1”

ALCANCE	DESCRIPCION	OBSERVACIONES/ COMPROMISOS
Construcción de área de servicios con lo requerido en el Apéndice B, numeral 4,2,1 y en la página 68	Se construyó Centro de Control Operativo y Área de servicios en el K 6+500	Se entregará plano record en el cual se localizan las áreas mínimas requeridas en el apéndice B

(...)

ALCANCES DE TEMAS OPERATIVOS

ALCANCE	DESCRIPCION	OBSERVACIONES/ COMPROMISOS
Áreas de servicio y CCO	Instalación de teléfonos públicos	Concesionaria San Rafael deberá <u>instalar teléfonos públicos en las áreas de servicio.</u>

⁴⁶ Prueba Documental No 10 de demanda reformada.

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

(...)"

Se advierte que en dicha acta se indicó que no obstante esta verificación, la Interventoría y el INCO se reservaban el derecho a solicitar correctivos dentro de los dos meses siguientes a la entrega de estas obras, que deberían ser realizados dentro de los tres (3) meses siguientes.

- ii) En el acta de iniciación de operación suscrita el 30 de enero de 2015,⁴⁷ se señala que las actividades pendientes a cargo de la Concesionaria que se indicaron en el Acta de Inicio de la Etapa de Operación del Tramo 1, fueron verificadas por la Interventoría y el respectivo informe remitido a la ANI, mediante comunicación No. 832 radicado ANI No. 2011-409-029617-2 del 14 de octubre de 2011. Adicionalmente, en el acta consta que la Interventoría y la ANI realizaron una nueva verificación para determinar si existían pendientes en estos tramos. Revisados los nuevos pendientes se verifica que no hay ninguno relativo a las áreas de servicio.
- iii) No obra prueba alguna de la Interventoría en la que se solicite la corrección de las construcciones o en la que se efectúe algún tipo de requerimiento, glosa, observación y/o solicitud de corrección relativo a la enfermería y zona de alimentación. La única observación o actividad pendiente como se indicó fue la instalación de los teléfonos, tema que ya fue abordado y decidido por el Tribunal en el acápite anterior.

Ahora bien, frente al punto no puede el Tribunal dejar de señalar que en el numeral 44.5 de la cláusula 44 del Contrato de Concesión No 007 de 2007, se acordó que *“La verificación dada a las **Obras de Construcción, Mejoramiento y Rehabilitación** por el INCO, a través del interventor, **no implica la aceptación definitiva de dichas obras.** Por lo tanto, si en cualquier momento durante la ejecución del **Contrato**, el **INCO** advierte que las obras ejecutadas no cumplieron con las **Especificaciones Generales de Construcción o las Especificaciones Técnicas de Construcción, Mejoramiento y Rehabilitación**, exigibles al momento de su verificación, el **Concesionario**, previo el requerimiento del **INCO** deberá tomar las medidas correctivas en los plazos que el **INCO** señalen para que las obras cumplan con dichas especificaciones ...”*.

A partir de lo expuesto, el Tribunal concluye que las obligaciones relativas a la construcción de la enfermería y su dotación, así como la zona de alimentación construidas en el área de Chicoral, efectivamente fueron ejecutadas por la Concesionaria San Rafael y recibidas a satisfacción por la ANI. Adicionalmente, de las pruebas arrojadas al proceso, el Tribunal no evidencia hasta la fecha, requerimiento alguno por parte de la Interventoría frente al cumplimiento de estas concretas obligaciones. Por el contrario, se observan declaraciones de la ANI recibiendo a satisfacción, sin glosa alguna.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal declarará **la prosperidad parcial de las pretensiones QUINTA Y SEXTA** de la reforma de la demanda **y, como consecuencia de ello, declarará que la CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A. cumplió con algunas de las obligaciones contempladas en el numeral 4.2.1 Áreas de Servicio del Apéndice B** relativa a las zonas de

⁴⁷ Prueba Documental No 11 de la demanda reformada.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)**

alimentación, en tanto construyó y entregó a la ANI, en el Área de Servicios Chicoral, un área de quinientos metros cuadrados (500 m²) destinada a la zona de alimentación e igualmente, construyó para el Proyecto y entregó a la ANI en el Área de Servicios Chicoral, un área de cien metros cuadrados (100 m²) destinada a la enfermería, que está debidamente dotada.

Ahora bien, en este punto advierte nuevamente que esas declaraciones no suponen ni implican entender que las demás obligaciones de la Concesionaria frente a esas instalaciones o relacionadas con las mismas quedaron agotadas con la construcción y entrega de éstas a la ANI, pues se repite, la CONCESIONARIA SAN RAFAEL tiene, de acuerdo con el contrato de Concesión, otro tipo de obligaciones frente a esas Áreas, como son, las relativas al mantenimiento de la infraestructura y todas las que se derivan y son necesarias para operar las áreas de servicio y ponerlas en funcionamiento, permitiendo que los usuarios las utilicen para la destinación y fines dispuestos en el contrato, esto es, para la prestación de los servicios al usuario y complementarios.

4.1.10. Análisis y conclusión sobre las Pretensiones OCTAVA A DÉCIMA PRIMERA, relativas a las condiciones de operación de las Áreas de servicio.

El Tribunal debe, a partir de lo expuesto y de lo probado en el proceso, decidir si CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A. ha cumplido cabalmente con las condiciones mínimas previstas en el numeral 4.2.1 del Apéndice B del Contrato de Concesión No. 007 de 2007, y ha provisto al Área de Servicios Chicoral de todos los servicios y actividades que tales condiciones mínimas le han reclamado.

El Tribunal considera innecesario entrar a pronunciarse sobre estos extremos pues basta remitirse a las consideraciones que se han expuesto en párrafos anteriores para concluir que no le asiste razón a la Convocante cuando afirma que las únicas condiciones que debe observar la Concesionaria para la operación del área de servicio Chicoral son las mínimas previstas y listadas en el numeral 4.2.1. Se reitera que una lectura integral y conjunta de todas las disposiciones contractuales lleva a afirmar que la Concesionaria debe desplegar las actividades previstas en el referido numeral y todas las demás que sean necesarias no solo para mantener las áreas de servicios en las condiciones exigidas, sino para poder prestar los servicios al usuario bajo los principios de regularidad, continuidad y calidad previstos en el contrato.

En virtud de lo anterior, **se desestimarán las pretensiones OCTAVA Y NOVENA.**

Finalmente, y en lo que se refiere a las Pretensiones Décima y Décima primera, el Tribunal procede a revisar si la Concesionaria ha dado cumplimiento a las obligaciones consignadas en el numeral 4.2.1 del Apéndice B y, si debe o no atender los requerimientos efectuados por la Interventoría.

En segundo lugar, procede a examinar y destacar lo que resultó probado en el plenario con las pruebas aportadas y practicadas en el proceso, en relación con el servicio de venta de alimentos y reitera:

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)**

i) En 2014, la Concesionaria dejó de prestar el servicio de venta de alimentos. Las razones según se afirmó fueron la insuficiente demanda de usuarios⁴⁸ y la dificultad en conseguir un operador.

ii) Desde ese momento (2014), la Concesionaria y así lo reconoció, no presta el servicio de venta de alimentos; únicamente tiene disponible el espacio físico⁴⁹. Asimismo, ha solicitado a la ANI, ante la dificultad de operarlo, modificar el contrato para incluir las estipulaciones existentes en las concesiones de 4G y que permiten una explotación comercial de todas las áreas de servicio por un tercero⁵⁰.

iii) La Interventoría en innumerables ocasiones le ha solicitado poner en funcionamiento la zona de alimentación⁵¹; sin embargo, la Concesionaria a la fecha no ha dado cumplimiento a lo exigido, por las razones ya expuestas.

Todos los anteriores hechos, razones y argumentos que ha expuesto el Tribunal son suficientes para demostrar que efectivamente la Concesionaria no ha dado cumplimiento a la respectiva obligación de poner en funcionamiento la zona de alimentación para la prestación del servicio de venta de alimentos ni ha atendido los requerimientos de la Interventoría, que sin duda debe acatar en tanto se adecuan al alcance del contrato y son concordantes con las facultades de seguimiento y control que ostenta.

Ahora bien, en este punto se destaca que si bien las razones que aduce la Concesionaria para no prestar el servicio en la actualidad pueden ser ciertas y deberían ser tenidas en cuenta por la ANI en aras de examinar otras alternativas (tales como la explotación comercial) que pueden redundar en mejores beneficios para el cumplimiento del objeto contractual y de los servicios al usuario, éstas de ninguna manera eximen a la Concesionaria del cumplimiento de las obligaciones a su cargo. En esta medida el Tribunal debe concluir que los requerimientos efectuados por la Interventoría respecto del cumplimiento de esta obligación (Venta de alimentos) resultan ajustados al contrato y, en esa medida, la Concesionaria está en la obligación de atenderlos, so pena de que la Interventoría proceda, según su criterio y atendiendo las circunstancias de caso, a imponer las sanciones que contractualmente sean procedentes, asunto que no le corresponde decidir al Tribunal al amparo de esta demanda, en tanto no es materia sometida a su conocimiento.

En cuanto a la provisión de servicios médicos, el Tribunal ya indicó, que dentro del plenario quedó probado que i) la Interventoría solicitó en varias ocasiones a la Concesionaria poner en funcionamiento o tener disponible la enfermería que fue construida y dotada, “pero que permanece cerrada.”⁵² ii) Que tales afirmaciones fueron aceptadas por la Concesionaria en las comunicaciones con las que dio respuesta a los referidos requerimientos, en los que de manera permanente sostuvo que no tenía a su cargo la obligación de prestar servicios médicos en tales instalaciones. iii) En febrero de 2019, la Concesionaria ubicó y parqueó

⁴⁸ Ver pruebas documentales Nos. 4 y 9, aportadas con la contestación a la demanda reformada.

⁴⁹ Prueba 17 de la demanda reformada.

⁵⁰ Prueba documental No. 2 de la contestación de la demanda GIC -2015-519 de 17 de marzo de 2019.

⁵¹ Ver pruebas documentales No. 19, 21, 24, 26 de la demanda reformada, entre otras.

⁵² Ver pruebas documentales No. 17 y 23 de la contestación de la demanda reformada.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)**

una ambulancia en el área de servicio de Chicoral, en la que se ubica el personal médico exigido en el contrato, y que se encuentra en capacidad de atender una emergencia y prestar los servicios en las instalaciones de la enfermería cuando ello resulte conveniente; y, iv) La Interventoría manifestó que la anterior cuestión permite tener por cumplida esta obligación.

En definitiva, se acreditó que, si bien en la actualidad la enfermería se encuentra disponible y la Concesionaria cuenta con el personal médico necesario para atender los servicios médicos exigidos en el contrato y así mismo que, en lo que se refiere a la prestación del servicio telefónico, adoptó las medidas necesarias para la prestación del mismo, no se puede afirmar lo mismo con la prestación del servicio de venta de alimentos.

Ahora bien, atendiendo a que en la Pretensión Décima Primera la Concesionaria solicita:

“Que como consecuencia de las declaraciones anteriores, y dado que la Concesionaria San Rafael S.A. ha cumplido cabalmente las obligaciones consagradas en el numeral 4.2.1 del Apéndice B del Contrato de Concesión No. 007 de 2007, "Especificaciones Técnicas de Operación, Mantenimiento y Servicios al Usuario se disponga que ninguna sanción de orden punitivo o indemnización de orden resarcitorio o que connote el simple ejercicio de una facultad contractual le resulta imponible”,

y así mismo, al referirse a los hechos relacionados con este asunto que:

“Aunque hasta el momento no existe un pronunciamiento expreso de la Interventoría y/o de la Entidad Concedente dirigida a hacer efectivas las potestades sancionatorias que regula la Cláusula 26 del Contrato de Concesión No. 007 de 2007, ante lo ocurrido no sobra esgrimir un adicional argumento dirigido a impedir que sobre mi representada recaiga sanción alguna por la puesta en práctica de las potestades excepcionales que regula la señalada Cláusula 26. Ésta defensa o blindaje se construye sobre la regulación legal en virtud de la cual la aplicación de la potestad sancionatoria no es eterna porque precluye o caduca gracias al solo transcurso del tiempo.

Entonces la ocurrencia de la falta o incumplimiento total o parcial de la obligación contenida en el numeral 4.2.1 del Apéndice B del Contrato de Concesión se consolidó o patentizó desde el momento mismo en que terminada la construcción del Área de Servicios la ANI, mediando el aval de la Interventoría, recepcionó sus instalaciones. Fue entonces cuando debió extrañarse y reclamarse la inexistencia del personal médico, paramédico o de auxiliares y lo demás recursos humanos y elementos materiales que permitieran la elaboración y comercialización de alimentos. La potestad sancionatoria precluye cuando han transcurrido 3 años luego de ocurrida la acción u omisión que puede ser objeto de sanción.”

El Tribunal, al margen de la decisión que sobre esta Pretensión adoptará ha considerado necesario, referirse a la “preclusión o caducidad” a la que hace referencia la Concesionaria para señalar que las “disminuciones a la remuneración” no serán aplicables por haber transcurrido el término de 3 años a que hace referencia el CPACA en su artículo 52.

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

Al respecto debe señalarse que, tratándose de las sanciones contractuales, tal como se indica por la jurisprudencia⁵³, éstas pueden ser impuestas “cuando el plazo de ejecución del contrato ha vencido y las prestaciones no se han cumplido total o parcialmente, antes de la liquidación del contrato o en el acta de liquidación”. Respecto de tales sanciones a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1474 de 2011 se debe dar cumplimiento a lo dispuesto en esa Ley, que dispone el procedimiento especial para dicha aplicación.

En virtud de lo hasta aquí señalado, el Tribunal **negará las Pretensiones Décima y Décima primera**, en tanto pretenden que se declare que la Concesionaria ha cumplido cabalmente con todas las obligaciones consignadas en el numeral 4.2.1 del Apéndice B, y en esa medida no está obligada a atender los requerimientos de la Interventoría. Como quedó sentado en las consideraciones precedentes, la Concesionaria cumplió algunas obligaciones, pero no cumplió con otras obligaciones que obran en el numeral 4.2.1 y, en consecuencia, frente a las mismas se encuentra obligado a atender los requerimientos de la Interventoría y sometido a las sanciones a que haya lugar.

Asimismo, y como consecuencia de lo expuesto a lo largo de este acápite, **se declarará la prosperidad parcial de la excepción de incumplimiento de las obligaciones contenidas en el numeral 4.2.1 del Apéndice B “Especificaciones Técnicas de operación. Mantenimiento y servicios al usuario”, pero únicamente en relación con la prestación del servicio de alimentación.**

4.2 LAS PRETENSIONES DEL GRUPO “VI.2 DECLARATIVAS CONCERNIENTES A LAS ESTACIONES DE PESAJE”

En la demanda arbitral reformada, Capítulo VI.2 la Parte Convocante pretende que:

“PRIMERA: Se declare que el documento que contiene las obligaciones a cargo de la Concesionaria San Rafael S.A. y de la Agencia Nacional de Infraestructura-ANI corresponde al Contrato de Concesión No. 007 de 2007, incluidos sus Apéndices y Anexos, que fue **debidamente suscrito** por las Partes y actuado desde el mes de agosto del año 2007 y hasta la fecha inclusive.

SEGUNDA: Como consecuencia de la prosperidad de la Pretensión anterior se declare que la obligación de la Concesionaria San Rafael S.A. en punto de las denominadas Estaciones de Pesaje se congrega en el texto del numeral 4.1.3.1 del Apéndice B “*Especificaciones Técnicas de Operación, Mantenimiento y Servicios al Usuario*” del Contrato de Concesión No. 007 de 2007, **suscrito** por las Partes.

TERCERA: Se declare que desde la fecha de suscripción del Contrato de Concesión No. 007 de 2007 y hasta el día 27 de junio de 2018 ni la Agencia Nacional de Infraestructura-ANI ni las distintas Interventorías que han auditado, vigilado y verificado el cumplimiento de las obligaciones a cargo de la Concesionaria San Rafael S.A. hicieron a ésta reparo o glosa alguna respecto del cumplimiento de la obligación

⁵³ Sentencias del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, del 13 de noviembre de 2008. C.P. ENRIQUE GIL BOTERO. Radicación: 68001-23-31-000-1996-02081-01(17009) y la del 22 de octubre de 2012. C.P. ENRIQUE GIL BOTERO. Radicación número: 05001-23-24-000-1996-00680-01(20738).

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

congregada en el numeral 4.1.3.1 del Apéndice B “Especificaciones Técnicas de Operación, Mantenimiento y Servicios al Usuario”

CUARTA: Se declare que en virtud de la aplicación de los Principios de la Buena Fe, de la Confianza Legítima y de la Regla de Interpretación Auténtica de los Contratos, la obligación *contenida* en el numeral 4.1.3.1 del Apéndice B “Especificaciones Técnicas de Operación, Mantenimiento y Servicios al Usuario” del Contrato de Concesión No. 007 de 2007, **suscrito** por las Partes, debe tenerse por cumplida en la forma en que fue actuada por la Concesionaria y avalada por la Agencia Nacional de Infraestructura-ANI y las distintas Interventorías entre los años 2007 y 2018.

QUINTA: Como consecuencia de la prosperidad de las anteriores Pretensiones se declare que la obligación congregada en el numeral 4.1.3.1 del Apéndice B “Especificaciones Técnicas de Operación, Mantenimiento y Servicios al Usuario” del Contrato de Concesión No. 007 de 2007, **suscrito** por las Partes, fue debidamente atendida, y por ende cumplida por la Concesionaria San Rafael S.A. en los términos explicitados en la comunicación No. GIC-BG-2018-1135 de 22 de agosto de 2018 remitida a la Interventoría Consorcio MAB.

SEXTA: Que como consecuencia de las declaraciones anteriores, y dado que la Concesionaria San Rafael S.A. cumplió cabalmente la obligación consagrada en el numeral 4.1.3.1 del Apéndice B “Especificaciones Técnicas de Operación, Mantenimiento y Servicios al Usuario” del Contrato de Concesión No. 007 de 2007, **suscrito** por las Partes, se disponga que ninguna sanción de orden punitivo o indemnización de orden resarcitorio o que connote el simple ejercicio de una facultad contractual le resulta imponible”.

4.2.1 Hechos en los que se apoya la Demanda Reformada.

Las anteriores pretensiones se sustentan en los hechos descritos en la demanda arbitral principal reformada y que se resumen a continuación:

1. El Contrato de Concesión No. 007 de 2007, en su Apéndice B, denominado “Especificaciones Técnicas de Operación, Mantenimiento y Servicios al Usuario” Capítulo 4, se ocupa en el numeral 4.1.3.1 de las denominadas Estaciones de Pesaje, conforme al cual, el Concesionario debía construir, operar y mantener en funcionamiento como mínimo dos (2) Estación de Pesaje: una fija y una móvil a lo largo de la concesión. Tales Estaciones de Pesaje se ubicarían en los sitios que estableciera el Concesionario para ejecutar las actividades necesarias para el control del peso de los vehículos de carga que hacen uso de la vía, cubriendo los dos sentidos de la vía, las cuales debían estar dotadas de una (1) báscula dinámica y una (1) báscula estática. Además, debían tener el área necesaria para que incluyera como mínimo servicios como Oficina de Administración, Servicios Sanitarios y Zonas de parqueo para vehículos de carga.
2. Para el cumplimiento de la obligación prevista en el Apéndice B, entre los años 2007 y 2008, la CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A. y el entonces Instituto Nacional de Concesiones INCO, adelantaron mesas de trabajo, en las cuales concertaron que para dar cabal atención a la obligación de controlar el peso de los vehículos de carga que transitarían por las vías concesionadas no se construiría una sola Estación de Pesaje fija sino dos (2) y, para compensar los mayores costos que implicaría la duplicación, cada una de ellas no dispondría de Básculas Dinámicas.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)**

3. La CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A. cumplió lo pactado con el INCO y construyó una primera Estación de Pesaje Fija ubicada en el PR17+0200 de la Variante Chicoral (Ruta 4004B) y segunda ubicada en el PR9+0400 Vía Ibagué – Espinal (Ruta 4004), además de aprovisionar el Corredor con una Estación de Pesaje Móvil.
4. Acerca de la obligación contenida en el numeral 4.1.3.1 del Apéndice B *“Especificaciones Técnicas de Operación, Mantenimiento y Servicios al Usuario*, desde la puesta en funcionamiento de las Estaciones de Pesaje y hasta el día 27 de junio de 2018, la CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A. nunca fue objeto de glosa o reparo alguno por parte de la Entidad Concedente y/o de las Interventorías que han auditado, vigilado y constatado el cumplimiento de las distintas obligaciones a su cargo.
5. Empero, mediante comunicación fechada el 27 de junio de 2018, la Interventoría Consorcio MAB le señaló a la Concesionaria San Rafael S.A. que no encontraba las Básculas Dinámicas que, según ella, deberían hacer parte de la dotación de las Estaciones de Pesaje Fijas, en contravía de la exigencia que se desprende del Contrato de Concesión No. 007 de 2007 y su Apéndice B *“Especificaciones Técnicas de Operación, Mantenimiento y Servicios al Usuario”*
6. Así, la Interventoría Consorcio MAB solo hasta el día 27 de junio de 2018 señaló ante la ANI un supuesto incumplimiento de las obligaciones en cabeza de la CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A. tomando como sustento el texto inserto en una de las varias Adendas producidas por la Entidad Concedente en el decurso del Proceso de la Licitación Pública No. INCO – SEA – L-007 DE 2006, sin tomar en cuenta el texto del documento contractual finalmente suscrito por las Partes.

La Convocante relaciona una serie de comunicaciones cruzadas entre la ANI, la Interventoría y de la CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A. donde se registra la posición de cada una, respecto del cumplimiento de la obligación contenida en el Apéndice B -numeral 4.1.3.1- y relaciona las siguientes:

4.2.2 Fundamentos de las pretensiones de la Convocante.

Tales fundamentos fueron expuestos con mayor rigor en los alegatos de conclusión y con el apoyo de los medios de prueba decretados y practicados en el proceso arbitral. En ellos se afirmó que en cuanto a las estaciones de pesaje del proyecto objeto del Contrato de Concesión No. 007 de 2007 se persigue el reconocimiento de que Concesionaria San Rafael S.A. atendió las obligaciones fijadas en el Apéndice B *“Especificaciones Técnicas de Operación, Mantenimiento y Servicios al Usuario”* mediante la construcción tanto de las Estaciones Fijas de Pesaje como de la dotación de las mismas con las básculas exigidas, con la finalidad de adelantar el pesaje de los vehículos de carga pesada que transitan por sobre el corredor vial y que, como quedó verificado, nuestra Representada cumplió más allá de lo debido con las obligaciones derivadas del Apéndice B.

Adicionalmente, la Parte Convocante señaló que “lo irrefutable de lo ocurrido es que, en cuanto a las Estaciones mismas y su dotación, la Entidad y las Interventorías de turno nunca

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

se quejaron durante poco más de diez (10) años de ejecución del Contrato de Concesión No. 007 de 2007.”

La Parte Convocante es consciente que el Apéndice B “Especificaciones Técnicas de Operación, Mantenimiento y Servicios al Usuario” del Pliego de Condiciones, modificado por la Adenda No. 2 del 28 de septiembre de 2006, señaló que:

“4.1.3.1 ESTACIONES DE PESAJE

El Concesionario deberá construir, operar y mantener en funcionamiento como mínimo dos (2) Estación de Pesaje: una fija y una móvil a lo largo de la concesión. Las Estaciones de Pesaje se ubicarán en los sitios que establezca el Concesionario, a fin de que pueda cumplir con los controles necesarios para el control del peso de los vehículos de carga que hacen uso de la vía y cubriendo los dos sentidos de la vía.

Cada una de las Estaciones de Pesaje deberá estar dotada de una (1) báscula dinámica y una (1) báscula estática.

(...)

Los diseños y especificaciones de estas Estaciones de Pesaje deben ser entregados al Interventor en los términos establecidos en el Contrato de Concesión. (...)

No obstante, la Convocante señala que trajo a “colación el texto de la denominada Adenda 2 que, si bien nadie niega que existiera, por inadvertencia o consciente decisión no fue objeto de incorporación al texto del Contrato de Concesión No. 007 de 2007. Se tiene por averiguado que el Pliego de Condiciones es la ley del Contrato, lo cual nadie discute. Empero, en el caso, es indubitable que el texto del Apéndice difiere de la mencionada Adenda; empero lo convenido es lo que surge del Contrato y para que deje de vincular a las Partes deberá ser objeto de una acción de lesividad que persiga la anulación de la Cláusula por contravenir lo señalado en la Adenda. Sin embargo, en tanto que tal declaración judicial no exista lo vinculante es lo pactado.”

La Concesionaria adujo igualmente que procedió a la entrega de más de lo debido: una estación de pesaje fija adicional y una portátil, lo cual, agrega, “no fue el resultado de una generosa actitud por parte de la Concesionaria el que no habiéndole sido exigida la construcción de una Estación de Pesaje fija procediese a construir dos; tampoco que no resultando a su cargo la aportación de una báscula portátil la misma se hubiere incorporado al servicio de las vías. Esa adicional construcción y dotación, a efectos prácticos, potenció sin lugar a dudas la labor de vigilancia y control del peso de los vehículos, máxime si se tiene en cuenta que la ausencia innegable de las dos Básculas Dinámicas se suple con creces con la Estación de Pesaje adicional y la Báscula Portátil.”

A juicio de la Concesionaria, “Las Estaciones de Pesaje y las Básculas a ella incorporadas tuvieron y tienen un solo sentido teleológico: hacer revisión permanente del peso de los vehículos de carga que transitan por sobre las vías concesionadas a efectos de evitar que los eventuales sobre pesos produzcan daños en la estructura del pavimento”, por lo que agrega que “Visto el historial que sobre el punto ha sucedido, durante casi once largos años

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

no se encuentra requerimiento alguno dirigido a que las Básculas Dinámicas sean incorporadas para el servicio de las vías. Ni el Informe definitivo de la Interventoría Consorcio Interconcesiones, ni el Acta de Inicio de la Etapa de Operación de Mantenimiento, ni los obligados y consuetudinarios informes a cargo de las Interventorías soslayan faltas de la Concesionaria en cuanto a las Estaciones de Pesaje y sus Básculas. Menos aún en cuanto a la insuficiencia o falta de control sobre el peso de los vehículos transeúntes.” Así mismo señala que “Desde el punto de vista puramente técnico es palmar que la Báscula Portátil suple con suficiencia las funciones de las Básculas Dinámicas.”

4.2.3 La Oposición de la ANI.

Por su parte la Convocada AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA ANI, se opuso expresamente a todas y cada una de las anteriores pretensiones para lo cual indicó que no obstante lo señalado por la Parte Convocada acerca del contenido inicial del Apéndice B de la minuta del Contrato de Concesión conforme al Pliego de Condiciones de la Licitación, posteriormente, mediante el numeral 4.17 de la Adenda No. 2 del 28 de septiembre de 2006, se modificaron los tres primeros párrafos del numeral 4.1.3.1 del citado Apéndice B, que forma parte del Contrato de Concesión No. 007 celebrado el 13 de agosto de 2007, quedando como obligación para el Concesionario la de construir, operar y mantener en funcionamiento como mínimo tres (3) tipos de Estación de Pesaje: dos (2) estaciones de pesaje fijas y una (1) estación de pesaje móvil y que en cada una de las Estaciones de Pesaje fijas debía estar dotada de una (1) báscula dinámica y una (1) báscula estática. Del mismo modo señaló que en el Apéndice B del Contrato de Concesión No. 007 del 13 de agosto de 2007, Capítulo IV, sobre Servicios, numeral 4.1.3.3, se establece que la estación fija debe contar adicionalmente con un área de administración, una zona de estacionamiento para los infractores, un área de servicio de la operación y un sistema de básculas dinámicas que permitan detectar y clasificar previamente los vehículos sobrecargados.

Así, entonces, la entidad pública Convocada señala que la obligación a cargo del concesionario fue entonces la de construir dos (2) estaciones de pesaje fijas y una (1) estación de pesaje móvil y dicha obligación la debe cumplir por el carácter vinculante del contrato, principio consagrado en el artículo 1603 del Código Civil, y de buena fe, así como debe ejecutar el contrato en los términos convenidos y aceptados, cumpliendo con todas las obligaciones en él contenidas y en la forma, términos y alcance en que fueron pactadas y aceptadas al suscribir el negocio jurídico. Ello obedece al carácter vinculante de los Pliegos de Condiciones del Contrato y sus adendas, tal y como lo prevé el contrato mismo, conforme a lo consagrado en el numeral 8 del Pliego.

Señala la entidad Convocada que actualmente la CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A. cuenta con una báscula estática en la Estación de Pesaje de Gualanday, localizada en el PR9+0350 Ruta 4004, en el sentido Ibagué- Bogotá y una báscula estática en Chicoral, localizada en el PR17+250 Ruta 4004B, en el sentido Bogotá- Ibagué; una estación de pesaje móvil en Gualanday y una báscula portátil, con la que se realizan operativos una vez al mes.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)**

La entidad Convocada controvertió la presunta existencia de acuerdos verbales a los que el Concesionario hizo referencia, pues señala que ello contradice lo establecido en el artículo 39 de la Ley 80 de 1993 así como lo pactado en la Cláusula 73.1 del Contrato de Concesión No. 007 de 2007, en el que expresamente se señaló que: “Este Contrato no podrá ser modificado sino por acuerdo expreso y escrito debidamente firmado por los representantes legales debidamente autorizados de las partes.” Por tal razón, la entidad pública Convocada advierte que la obligación contenida en el numeral 4.1.3.1 del Apéndice B “Especificaciones Técnicas de Operación, Mantenimiento y servicio al usuario” no se encuentra cumplida, puesto que faltan las básculas dinámicas en las dos (2) estaciones de pesaje fijas.

Con fundamento en lo anterior, la ANI formuló como excepción de mérito la de que el Concesionario ha incumplido las obligaciones a su cargo contenidas en el numeral 4.1.3.1 del Apéndice B "Especificaciones Técnicas de Operación, Mantenimiento y Servicios al Usuario" del Contrato de Concesión relativas a las Estaciones de Pesaje, la cual fundamentó en los argumentos expuestos en la oposición a las pretensiones del acápite VI.2 y en la contestación de cada uno de los hechos de la demanda relacionados en tanto, dijo, quedó demostrado que el CONCESIONARIO SAN RAFAEL S.A. teniendo a su cargo las obligaciones contenidas en el Numeral 4.1.3.1 del apéndice B "ESPECIFICACIONES TECNICAS DE OPERACIÓN, MANTENIMIENTO Y SERVICIOS AL USUARIO", no ha satisfecho adecuadamente las prestaciones relacionadas con las estaciones de pesaje.

La obligación contenida en el numeral 4.1.3.1 del Apéndice B "Especificaciones Técnicas de Operación, Mantenimiento y servicio al usuario" no se encuentra cumplida, puesto que faltan las básculas dinámicas en las dos (2) estaciones de pesaje fijas. En consecuencia, señaló, de la ejecución contractual y de las múltiples comunicaciones cruzadas entre el concesionario, ANI y las diferentes Interventorías no resulta cierto que la entidad o alguna Interventoría hubiera avalado, ni cohonestado, ni permitido, ni propiciado el cumplimiento de la obligación contenida en el numeral 4.1.3.1 del Apéndice B del Contrato de Concesión de una manera distinta a lo establecido en el clausulado contractual.

La posición del incumplimiento sistemático del Concesionario respecto de la obligación contenida en numeral 4.1.3.1 del Apéndice B "Especificaciones Técnicas de Operación, Mantenimiento y servicio al usuario" se sustenta con lo afirmado por la ANI en las comunicaciones CMAB-1-0476-0071-18 (Radicado ANI No. 2018-409-063824-2 del 27 de junio de 2018), CMAB-1-476-0195-18 (Radicado ANI No. 2018-409084507-2 del 21 de agosto de 2018) y CMAB-1-476-0329-18 (Radicado ANI No. 2018-409-105884-2 del 10 de octubre de 2018).

Así, dijo, de acuerdo con las estipulaciones contractuales, el Concesionario debe cumplir en su totalidad con la obligación contenida en numeral 4.1.3.1 del Apéndice B "Especificaciones Técnicas de Operación, Mantenimiento y servicio al usuario" del Contrato de Concesión No. 007 de 2007", y así se le ha hecho saber en múltiples comunicaciones, entre otras, sin limitarse, la comunicación enviada por la Interventoría CMAB-1-476-0041-19 (Radicado ANI 2019-409-003327-2 del 14 de enero de 2019).

En consecuencia, solicitó declarar la procedencia de la citada excepción y denegar las pretensiones de la demanda.

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

4.2.4 El Concepto del Ministerio Público.

En cuanto se refiere a las pretensiones relacionadas con las Estaciones de Pesaje, en su concepto, el Señor Procurador 135 Judicial II para Asuntos Administrativos de Bogotá, señaló que al revisar la documentación aportada se comprueba que en el **numeral 4.1.3.1 del Apéndice B** "*Especificaciones Técnicas de Operación, Mantenimiento y Servicios al Usuario*" del Contrato de Concesión No. 007 de 2007, suscrito por las Partes, se estableció:

"4.1.3.1 ESTACIONES DE PESAJE

"El Concesionario deberá construir, operar y mantener en funcionamiento como mínimo dos (2) Estaciones de Pesaje: una fija y una móvil a lo largo de la concesión.

Las Estaciones de Pesaje se ubicarán en los sitios que establezca el Concesionario, a fin de que pueda cumplir con los controles necesarios para el control del peso de los vehículos de carga que hacen uso de la vía y cubriendo los dos sentidos de la vía.

"Cada una de las Estaciones de Pesaje deberá estar dotada de una (1) báscula dinámica y una (1) báscula estática."

No obstante, señaló el señor Agente del Ministerio Público, la ADENDA No. 2 del 28 de septiembre de 2006 del Proceso de Selección que dio origen al Contrato de Concesión No. 007 de 2007, en el numeral 4.17 modificó los tres primeros párrafos del numeral 4.1.3.1 del apéndice B, quedando de la siguiente manera:

"El Concesionario deberá construir, operar y mantener en funcionamiento como mínimo tres (3) tipos de Estación de Pesaje: 2 fijas y una móvil.

"El Concesionario deberá disponer mínimo de una (1) Estación de Pesaje móvil de tipo estático, la cual tendrá una capacidad mínima de 40 Ton. Por eje, con un margen de error de más o menos 1% y un sistema automático de impresión del peso, identificación del vehículo y compañía de transporte.

"El Concesionario deberá construir mínimo dos (2) Estaciones de Pesaje fijas, las cuales se ubicarán en los sitios que establezca el Concesionario, a fin de que pueda cumplir con los controles necesarios para el control del peso de los vehículos de carga que hacen uso de la vía y cubriendo los dos sentidos de la vía. Cada una de las Estaciones de Pesaje fijas deberá estar dotada de una (1) báscula dinámica y una (1) báscula estática".

Explica que independientemente de la interpretación que se tenga sobre aplicación de una u otra disposición o del carácter vinculante de los Pliegos de Condiciones del Contrato:

[...] es claro que en ambas se habla de la instalación de **básculas dinámicas y estáticas** en las estaciones de pesaje, por lo que cualquier discusión sobre el tema resulta inane ante la ausencia de las básculas dinámicas en la Concesión, de lo que no hay ninguna duda, pues es aceptado por las partes en sus escritos demandatorios y de contestación, así como por algunos de los deponentes en las audiencias celebradas.

Concluye también de la declaración del Representante Legal de la Sociedad CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A., y de las declaraciones de tres testigos más que:

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)**

*“[...] es evidente el incumplimiento contractual de la Concesionaria en el tema de la instalación de las básculas dinámicas en las estaciones de pesaje físicas de la vía concesionada, pues como fuera expuesto por algunos de los declarantes la báscula dinámica tiene características **diferentes** de las otras y no puede ser suplida ni por la báscula móvil, ni por la portátil que adicionó la Concesionaria”.*

Adiciona a su análisis que por más que hubiesen existido buenas intenciones por parte de la ANI no existe prueba alguna que la comprometa a modificar esta la obligación contractual. Como tampoco:

“[...] puede ser de recibo aducir que aún con la falta de las básculas dinámicas se ha cumplido el contrato en el sentido de satisfecho el pesaje de los vehículos de carga que transitan por el corredor vial y si ello fuera así, lo procedente sería que la entidad Contratante, es decir la ANI, así lo certificara, cosa que no ha hecho, y se procediera de común acuerdo a modificar esta cláusula.

Finaliza señalando que el hecho que la ANI o la Interventoría no hubieran formulado antes requerimientos o glosas sobre un presunto incumplimiento contractual en este tema, ello **“no le quita para nada la validez del reclamo actual, no convalida la situación irregular frente al contrato y no anula la posibilidad de hacerlo”**. (Resaltado fuera de texto).

4.2.5 Los problemas jurídicos por resolver.

Estudiadas las pretensiones planteadas en la demanda reformada y los hechos que le sirven de causa, las excepciones de mérito y las oposiciones propuestas en la contestación a la misma, y la vista fiscal, el Tribunal deduce que los siguientes son los problemas jurídicos a resolver aquí:

¿Cuáles son los documentos contractuales que contienen la obligación del Concesionario relacionada con el número, elementos y características de las estaciones de pesaje y las básculas requeridas en cada una de ellas? ¿Cuántas estaciones de pesaje estaba el Concesionario en la obligación de construir y en ellas cuántas debían contar con básculas estáticas y con básculas dinámicas? ¿Cuántas estaciones, con sus correspondientes básculas, fueron construidas y operadas por el Concesionario? ¿Cuál es la finalidad de las básculas dinámicas y la finalidad de las básculas estáticas? ¿Podía el Concesionario dejar de construir y operar básculas dinámicas y asumir con eficiencia el control de los vehículos que transitan por la vía concesionada con básculas estáticas?

4.2.6 Consideraciones del Tribunal.

Para resolver el primero de los problemas jurídicos planteados, el Tribunal considera necesario, en primer lugar, transcribir y analizar las disposiciones y/o cláusulas contractuales que regulan esta obligación:

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

4.2.6.1 Los documentos contractuales que contienen la obligación del Concesionario relacionada con el número, elementos y características de las estaciones de pesaje y las básculas requeridas en cada una de ellas.

4.2.6.1.1 El Pliego de la Licitación Pública No. 007 de 2006.

El Pliego de Condiciones de la Licitación Pública No. SEA-007-2006, cuya apertura fue ordenada por el Instituto Nacional de Concesiones INCO, hoy AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA, con la Resolución No. 441 del 25 de julio de 2006, para seleccionar a la persona para celebrar el Contrato de Concesión para los estudios, diseños definitivos, gestión predial, gestión social, gestión ambiental, financiación, construcción, rehabilitación, mejoramiento, operación y mantenimiento del proyecto de concesión vial “Girardot – Ibagué – Cajamarca, consta del documento básico que contempló las condiciones generales de la Licitación, sus anexos, entre ellos el de la minuta del contrato de concesión a celebrarse con aquella persona a la cual le fuera adjudicada, y los Apéndices, entre ellos el Apéndice B que se refería a las “ESPECIFICACIONES TÉCNICAS DE OPERACIÓN, MANTENIMIENTO Y SERVICIO AL USUARIO.”

También se previó que se incorporarían al Pliego los Adendos (sic), esto es, los documentos que se expedirían con el fin de aclarar, precisar o modificar los términos del Pliego con posterioridad a la fecha de apertura de la licitación, los cuales formarían parte del mismo desde la fecha en que fueran expedidos y debidamente comunicados a los interesados, los cuales debían ser tenidos en cuenta por cada uno de los proponentes para la formulación de su propuesta.

4.2.6.1.2 El Apéndice B del Pliego de Condiciones de la Licitación Pública No. 006 de 2006 que contiene las “ESPECIFICACIONES TÉCNICAS DE OPERACIÓN, MANTENIMIENTO Y SERVICIO AL USUARIO”.

En el numeral 4.1.3.1 del Apéndice B del Pliego de Condiciones de la Licitación Pública No. 006 de 2006 que contiene las “Especificaciones Técnicas de Operación, Mantenimiento y Servicios al Usuario”, se señaló lo siguiente:

“ESTACIONES DE PESAJE

“El Concesionario deberá construir, operar y mantener en funcionamiento como mínimo dos (2) Estaciones de Pesaje: una fija y una móvil a lo largo de la concesión.

“Las Estaciones de Pesaje se ubicarán en los sitios que establezca el Concesionario, a fin de que pueda cumplir con los controles necesarios para el control del peso de los vehículos de carga que hacen uso de la vía y cubriendo los dos sentidos de la vía.

“Cada una de las Estaciones de Pesaje fija deberá estar dotada de una (1) báscula dinámica y una (1) báscula estática.” (Subrayados fuera de texto)

Copia de este Apéndice B del Pliego de la Licitación, junto con los demás Apéndices del mismo, fueron aportados por la Parte Convocante para que fueran decretados como medios de prueba y así procedió el Tribunal en el auto proferido en la primera audiencia de trámite.

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

4.2.6.1.3 La Adenda No. 2 del 28 de septiembre de 2006.

Mediante la Adenda No. 2 del 28 de septiembre de 2006 el INCO realizó algunas aclaraciones, precisiones y modificaciones al Pliego de Condiciones.

En efecto, esta Adenda modificó los tres primeros párrafos del numeral 4.1.3.1 del Apéndice B de los Pliegos de Condiciones de la Licitación Pública 006 de 2006, los cuales quedaron así:

“El **Concesionario** deberá construir, operar y mantener en funcionamiento como mínimo tres (3) tipos de Estación de Pesaje: 2 fijas y una móvil.

“El Concesionario deberá disponer mínimo de una (1) **Estación de Pesaje** móvil de tipo estático, la cual tendrá una capacidad mínima de 40 Ton. Por eje, con un margen de error de más o menos 1% y un sistema automático de impresión del peso, identificación del vehículo y compañía de transporte.

“El **Concesionario** deberá construir mínimo dos (2) **Estaciones de Pesaje fijas**, las cuales se ubicarán en los sitios que establezca el **Concesionario**, a fin de que pueda cumplir con los controles necesarios para el control del peso de los vehículos de carga que hacen uso de la vía y cubriendo los dos sentidos de la vía.

“Cada una de las **Estaciones de Pesaje fijas** deberá estar dotada de una (1) báscula dinámica y una (1) báscula estática” (Subrayado fuera de texto)

En esta materia, el proponente formuló su propuesta en los términos a los que hacía referencia el Pliego con sus anexos, apéndices y adendas.

Copia del texto tanto de la Adenda No. 2 como del Apéndice B del Contrato de Concesión que incorporó el texto de la citada Adenda, fue aportado por la ANI para que fuera decretado como medio de prueba y así procedió el Tribunal en la primera audiencia de trámite.

4.2.6.1.4 La adjudicación de la Licitación

La Licitación SEA – 007 de 2006, fue adjudicada mediante la Resolución No. 465 del 16 de julio de 2007, con fundamento en lo cual el 13 de agosto de 2007 se celebró el Contrato de Concesión No. 007 de 2007 entre el Instituto Nacional de Concesiones y la CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.

4.2.6.1.5 Lo expresamente pactado en el Contrato de Concesión No. 007 suscrito entre el INCO y el Concesionario San Rafael S.A., el 13 de agosto de 2007

En el Contrato de Concesión celebrado entre el Instituto Nacional de Concesiones INCO (hoy AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA ANI) el 13 de agosto de 2007 se pactó expresamente lo siguiente:

“CLAUSULA 1. DEFINICIONES

“Para la adecuada interpretación de este **Contrato**, los siguientes términos que aparezcan en el presente **Contrato**, tendrán el significado que se les atribuye a

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)**

continuación. Cada una de estas definiciones se complementa con las correspondientes definiciones del pliego de condiciones, apéndices y anexos que forman parte integral del presente contrato de concesión.

[...]

“1.24. ‘Especificaciones Técnicas de Operación, Mantenimiento y Servicios al Usuario’

“Son las especificaciones contenidas en el Apéndice B del Contrato de Concesión, documento en el cual se incluyen: i) los resultados mínimos obligatorios que deberá obtener el Concesionario al realizar la operación y mantenimiento de cada uno de los Trayectos y del Proyecto, y ii) el conjunto de actividades mínimas necesarias, que deberá cumplir el Concesionario para operar el Proyecto y administrar los servicios de atención a los usuarios, así como para la conservación y el mantenimiento de cada uno de los Trayectos y del Proyecto.

“1.25 Estaciones de Pesaje

“Se entenderán como las instalaciones que el Concesionario deberá diseñar, construir, equipar, mantener y operar, necesarias para realizar el pesaje de vehículos, en el número y con las características que se determinan en el Apéndice B las Especificaciones Técnicas de Operación, Mantenimiento y Servicio al Usuario (Apéndice B), incluyendo los terrenos donde queden situadas, si el Concesionario opta por Estaciones de Pesaje Fijas. El Concesionario dispondrá como mínimo de una (1) Estación de Pesaje Fija y de una (1) Estación de Pesaje Móvil que cumplan por lo menos con las condiciones establecidas en las Especificaciones Técnicas de Operación y Mantenimiento. (Subrayado fuera de texto)

[...]

“CLAUSULA 42 ESTACIONES DE PEAJE, DE PESAJE, CENTROS DE CONTROL DE OPERACIÓN Y ÁREAS DE SERVICIO

La instalación y operación de estaciones de peaje, así como la construcción y operación de los Centros de Control de Operación, de las Áreas de Servicio y de las Estaciones de Pesaje, se ceñirán a lo previsto en las Especificaciones Técnicas correspondientes que hacen parte integral del presente contrato. (Subrayado fuera de texto).

[...] De igual manera, los costos instalación y operación de los Centros de Control de Operación, de las Áreas de Servicio y de las Estaciones de Pesaje serán por cuenta y riesgo del Concesionario. (Subrayado fuera de texto).

[...]

CLAUSULA 72 DOCUMENTOS DEL CONTRATO

Los documentos de este **Contrato**, que hacen parte integral del mismo, son los siguientes:

72.1. **El Pliego de Condiciones** de la **Licitación** y sus anexos.

72.2. Los apéndices constitutivos de este contrato

[...]

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

72.7. Los demás documentos que hacen parte integrante de este Contrato, de conformidad con el mismo.

Las condiciones expresadas en el presente **Contrato** prevalecen sobre aquellas de cualquier otro documento que forme parte del mismo, salvo sobre el Pliego de condiciones, sus anexos, sus apéndices y sus adendos (sic). Sujeto a lo anterior, los demás documentos deben entenderse como explicativos, pero en caso de discrepancias sobre su contenido, debe prevalecer el Contrato. (Subrayado fuera de texto).

“CLÁUSULA 73 OTRAS DISPOSICIONES

73.1 Este **Contrato** no podrá ser modificado sino por acuerdo expreso y escrito debidamente firmado por los representantes legales debidamente autorizados de las partes.” (Subrayado fuera de texto)

Como se puede observar, en la definición que consta en el numeral 1.25 de la Cláusula Primera del Contrato, se previó que por Estaciones de Pesaje “Se entenderán como las instalaciones que el Concesionario deberá diseñar, construir, equipar, mantener y operar, necesarias para realizar el pesaje de vehículos, **en el número y con las características que se determinan en el Apéndice B** [que contiene] las Especificaciones Técnicas de Operación, Mantenimiento y Servicio al Usuario (Apéndice B), incluyendo los terrenos donde queden situadas, si el Concesionario opta por Estaciones de Pesaje Fijas.” Allí mismo se señaló que “**El Concesionario dispondrá como mínimo de una (1) Estación de Pesaje Fija y de una (1) Estación de Pesaje Móvil que cumplan por lo menos con las condiciones establecidas en las Especificaciones Técnicas de Operación y Mantenimiento.**”

En concordancia con lo anterior, en la Cláusula 42 del mismo Contrato de Concesión se previó que la instalación y operación de las Estaciones de Pesaje, se ceñirían a lo previsto en las Especificaciones Técnicas correspondientes que hacen parte integral del presente contrato, esto es, a las Especificaciones Técnicas de Operación, Mantenimiento y Servicio al Usuario contenidas en el Apéndice B.

4.2.6.1.6 Lo previsto en el Apéndice B del Contrato de Concesión conforme a las Condiciones de la Licitación Pública No. 006 de 2006 sobre las “ESPECIFICACIONES TÉCNICAS DE OPERACIÓN, MANTENIMIENTO Y SERVICIO AL USUARIO” el cual incluyó las modificaciones introducidas en la Adenda No. 2 del 28 de septiembre de 2006, aunque conservó la fecha del mes de julio de 2006.

Así, entonces, en el Apéndice B del Contrato de Concesión conforme a las Condiciones de la Licitación Pública No. 006 de 2006 sobre las “ESPECIFICACIONES TÉCNICAS DE OPERACIÓN, MANTENIMIENTO Y SERVICIO AL USUARIO” el cual incluyó las modificaciones introducidas en la Adenda No. 2 del 28 de septiembre de 2006, aunque conservó la fecha del mes de julio de 2006, el cual forma parte integral del Contrato, se pactó lo siguiente:

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

“ESTACIONES DE PESAJE

“El **Concesionario** deberá construir, operar y mantener en funcionamiento como mínimo tres (3) tipos de Estación de Pesaje: dos fijas y una móvil.

“El **Concesionario** deberá disponer mínimo de una (1) **Estación de Pesaje** móvil de tipo estático, la cual tendrá una capacidad mínima de 40 Ton. Por eje, con un margen de error de más o menos 1% y un sistema automático de impresión del peso, identificación del vehículo y compañía de transporte.

“El **Concesionario** deberá construir mínimo dos (2) **Estaciones de Pesaje fijas**, las cuales se ubicarán en los sitios que establezca el **Concesionario**, a fin de que pueda cumplir con los controles necesarios para el control del peso de los vehículos de carga que hacen uso de la vía y cubriendo los dos sentidos de la vía.

“Cada una de las **Estaciones de Pesaje fijas** deberá estar dotada de una (1) báscula dinámica y una (1) báscula estática. (Subrayado fuera de texto)

“Para la construcción de las **Estaciones de Pesaje** fijas, el **Concesionario** se asegurará de emplear en sus diseños materiales durables y resistentes como mampostería convencional o estructural para los muros, cubiertas tipo eternit, teja de barro o similar, acabados con pañete, pintura, enchapes en cerámica o similar, entre otros.

“Los diseños y especificaciones de estas **Estaciones de Pesaje** deben ser entregados al **Interventor** en los términos establecidos en el **Contrato de Concesión**.

“Cada una de estas estaciones fijas debe tener el área necesaria para que incluya como mínimo los siguientes servicios:

DESCRIPCIÓN	UNIDADES	ÁREA MÍNIMA POR UNIDAD (M2)
Oficina de Administración	1	50
Servicios Sanitarios	2	7
Zona de parqueo para vehículos de carga	4	60

(...)

• ÁREAS DE PESAJE

- Estaciones de pesajes**

“A los seis meses después de suscrita el Acta de Iniciación de la Etapa de Construcción del Contrato, deberá existir como mínimo: Una **Estación de Pesaje** fija en el peaje de Gualanday, con equipos de control de pesos por eje, que permita una sistematización adecuada de los vehículos sobrecargados, para una transmisión de datos oportuna a la autoridad de control de policía y Ministerio de Transporte de los vehículos infractores); y una **Estación de Pesaje** móvil con toda la logística de apoyo (equipo de básculas portátiles, seguridad vial, iluminación, personal de aforadores, orientación de tránsito, digitadores, carpas dotadas con servicios, etc) de acuerdo con un programa de operativos de pesaje, que deberá estar en concordancia con el cubrimiento y control de todo el proyecto concesionado. Este sistema de básculas portátiles o móviles deberá permitir en un momento dado la restricción de cargas en puentes averiados o se encuentren en restricción.”

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)**

Así, entonces, este documento es el apéndice B que forma parte del Contrato suscrito el 13 de agosto de 2007 porque incorpora el texto de la modificación introducida por la Adenda del 28 de septiembre de 2006 y es el que forma parte integral del Contrato suscrito por las Partes en la fecha citada según lo previsto en la Cláusula 72 del Contrato de Concesión suscrito por las Partes el 13 de agosto de 2007. No requería ninguna otra incorporación.

Como se puede apreciar, su texto es diferente al aportado dos veces por la Parte Convocante en la reforma de la demanda arbitral el cual, como atrás se vio, corresponde al texto del apéndice B de la minuta del contrato que se acompañó con los pliegos de la Licitación, pero en los alegatos de conclusión la Parte Convocante reconoce que existe, pero afirma que no le es oponible porque, a su juicio, no se incorporó en el Contrato de Concesión celebrado el 13 de agosto de 2007.

Así, las cosas, el documento que contiene las obligaciones a cargo de la CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A. y de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA-ANI corresponde al Contrato de Concesión No. 007 de 2007, que fue debidamente suscrito por las Partes el 13 de agosto de 2007, incluidos sus Apéndices -entre ellos el Apéndice B- y sus Anexos, en los términos que fueron modificados por las Adendas, entre ellas la del 28 de septiembre de 2006, todos los cuales hacen parte integral del citado Contrato en los términos previstos en la Cláusula 72.

Como consecuencia de lo anterior, la obligación de la CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A. en punto de las denominadas Estaciones de Pesaje se congrega en el texto del numeral 4.1.3.1 del Apéndice B *“Especificaciones Técnicas de Operación, Mantenimiento y Servicios al Usuario”* del Contrato de Concesión No. 007 de 2007, suscrito por las Partes, en los términos en que fue redactado dicho Apéndice B que incorpora las modificaciones que fueron introducidas, entre otras, por la Adenda No. 2 del 28 de septiembre de 2006.

Entre el Apéndice B del Pliego de la Licitación, reformado por el Adendo (sic) No. 2 y que hace parte del mismo Pliego, el texto del Contrato de Concesión suscrito por las Partes el 13 de agosto de 2007 y el Apéndice B del mismo que incorpora la modificación introducida por el Adendo (sic) No. 2 no existe ninguna contradicción, y si así fuere, en los términos acordados en el apartado final de la Cláusula 72 del Contrato de Concesión, las condiciones expresadas en el citado **Contrato** prevalecen sobre aquellas de cualquier otro documento que forme parte del mismo, **salvo sobre el Pliego de condiciones, sus anexos, sus apéndices y sus adendos**(sic).

Finalmente, tales estipulaciones no han sido modificadas por acuerdo expreso alguno que conste por escrito, en razón de que, al tenor de lo acordado en la Cláusula 73 del Contrato éste no podía modificarse de otra manera.

4.2.6.2 El Número de estaciones de pesaje fijas.

De conformidad con los documentos contractuales el Concesionario debía construir, operar y mantener en funcionamiento como mínimo dos (2) Estaciones de Pesaje fijas, las cuales se ubicarían en los sitios que estableciera el Concesionario, a fin de que pudiera cumplir

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)**

con los controles necesarios para el control del peso de los vehículos de carga que hacen uso de la vía y cubriendo los dos sentidos de la vía. Cada una de las Estaciones de Pesaje fijas debía estar dotada de una (1) báscula dinámica y una (1) báscula estática. A los seis meses después de suscrita el Acta de Iniciación de la Etapa de Construcción del Contrato, debía existir como mínimo: Una **Estación de Pesaje** fija en el peaje de Gualanday, con equipos de control de pesos por eje, que permitiera una sistematización adecuada de los vehículos sobrecargados, para una transmisión de datos oportuna a la autoridad de control de policía y Ministerio de Transporte de los vehículos infractores. La otra **Estación de Pesaje** fija debía existir más adelante.

El área mínima de construcción para las Estaciones de Pesaje sería de 50m² y adicionalmente debía tener 250 m² para zonas de parqueo. El área de las estaciones de pesaje no podría ser compartida con las áreas de las estaciones de peaje. Así mismo, debía dotarse de señalización especial el área de las básculas, para ordenamiento y seguridad de la operación.

4.2.6.3 El número de estaciones de pesaje fijas finalmente construidas y puestas en operación

De conformidad con las manifestaciones de las Partes tanto en la demanda arbitral reformada como en la contestación de la misma, actualmente la CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A., construyó y puso en operación las Estaciones de Pesaje fijas de Gualanday en el sentido Ibagué- Bogotá y en Chicoral, en el sentido Bogotá- Ibagué.

En el interrogatorio de parte rendido por el Señor EZEQUIEL ROMERO, representante legal de la CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A., recibido por el Tribunal en la audiencia celebrada el 19 de agosto de 2020, señaló lo siguiente:

“DRA. MELO: Perfecto, claro. La segunda pregunta es en relación con la que estábamos leyendo en relación con las estaciones de pesaje, señala la cláusula que deben entonces construir mínimo dos estaciones de pesaje, una fija y una móvil a lo largo de la concesión, mínimo dos, ¿cuántas estaciones fijas y móviles construyeron?

SR. ROMERO: Tenemos construidas dos estaciones fijas no una, dos.

DRA. MELO: Dos fijas.

SR. ROMERO: Hay construidas dos estaciones fijas, una en Gualanday... (Interpelado)

DRA. MELO: ¿Y cuántas móviles?

SR. ROMERO: Y móviles hay, una móvil y una portátil, o sea, hay dos móviles y dos fijas”.

4.2.6.4 Las básculas exigidas para las estaciones de pesaje fijas y las efectivamente construidas y puestas en operación.

De conformidad con los documentos contractuales, el Concesionario debía construir, operar y mantener en funcionamiento como mínimo dos (2) Estaciones de Pesaje fijas y cada una de ellas debía estar dotada de una (1) báscula dinámica y una (1) báscula estática.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)**

A su vez, de conformidad con las manifestaciones de las Partes tanto en la demanda arbitral reformada como en la contestación de la misma, actualmente la CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A., cuenta con una báscula estática en la Estación de Pesaje de Gualanday, localizada en el PR9+0350 Ruta 4004, en el sentido Ibagué- Bogotá y una báscula estática en Chicoral, localizada en el PR17+250 Ruta 4004B, en el sentido Bogotá- Ibagué.

4.2.6.5 La finalidad de las estaciones de pesaje fijas y sus básculas estáticas y dinámicas de pesaje y la eficacia y eficiencia de las mismas.

De conformidad con los documentos contractuales y de manera concreta según lo previsto en el Apéndice B del Contrato de Concesión que contiene las “ESPECIFICACIONES TÉCNICAS DE OPERACIÓN, MANTENIMIENTO Y SERVICIO AL USUARIO”, incluidas las modificaciones introducidas en la Adenda No. 2 del 28 de septiembre de 2006, el Concesionario debe realizar los controles de pesaje en los dos sentidos de circulación de tránsito para lo cual la estación fija debe contar adicionalmente con un área de administración, una zona de estacionamiento para los infractores, un área de servicio de la operación y un sistema de básculas dinámicas que permita detectar y clasificar previamente los vehículos sobrecargados y en la báscula estática verificar el peso por eje y el total de los vehículos con sobrepeso y, en todo caso, deberán permanecer en servicio un número de plataformas de manera tal que no se presenten colas superiores a tres (3) vehículos de carga.

En tal sentido, el Concesionario debe registrar toda la información de los operativos de pesaje con equipos de control automatizados, que permitan elaborar reportes de novedades, análisis técnicos (factor camión, daños, peso bruto vehicular, que permitan establecer los ejes equivalentes para el diseño de refuerzos de la estructura de pavimentos y envoltentes de cargas para el diseño de refuerzo de los puentes), económicos (origen y destino estudios de demanda de transporte), la programación de operativos de control de las sobrecargas (de acuerdo a la metodología de cálculos INCO) y la presentación de informes mínimos mensuales ante el INCO o cuando el Ministerio de Transporte lo estime.

En general, el sistema de pesaje establecido obedece a la necesidad legal y práctica de controlar el peso por eje y el peso bruto vehicular de los camiones que circulan por las vías objeto de la Concesión, de tal manera que la estructura del pavimento, puentes y demás obras diseñadas o rediseñadas para soportar las cargas máximas legales permitidas no sufran deterioro anticipado por sobrepeso, causando costos adicionales de mantenimiento o en casos extremos de interrupción del servicio por colapso de alguna obra fundamental.

El sistema se concibió en el Contrato de Concesión para que operara en ambos sentidos de la vía para todas las estaciones. La infraestructura debe tener una disponibilidad 24 horas diarias, de los 365 días del año y debe dotarse de personal suficientemente entrenado para esta función.

Las básculas utilizadas, deben tener una capacidad de 100 Ton. con una precisión de más o menos 1% y sistema automático de impresión del peso, identificando el vehículo y la compañía de transporte. Finalmente, debe cumplir con el tiempo de atención que permita

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)**

cumplir con el máximo de cola admitido en el Apéndice B del Contrato, esto es, tres vehículos de carga.

Antes de iniciar la operación, el Concesionario debió presentar al INCO, el Reglamento de Operación de las Estaciones de Pesaje, con instrucciones para casos rutinarios y especiales, que incluiría, entre otras cosas, señalización, controles, fiscalización, elaboración de mapas estadísticos de tránsito, registro de novedades, localización de equipos de trabajo, control y vigilancia de equipos e instalaciones, atención al usuario y sistema de control para el cumplimiento de estas normas.

De conformidad con lo anterior, precisamente la testigo CAROLINA CONTRERAS ENCINALES en audiencia celebrada el 19 de agosto de 2020 señaló a este Tribunal lo siguiente:

“SRA. CONTRERAS: Las estaciones de pesaje que se ubican en las carreteras nacionales básicamente sirven para verificar el peso bruto vehicular de todos los vehículos que transitan por la carretera; sí, todo esto de acuerdo a la normatividad emitida por el ente regulador, el Ministerio de Transporte, con el fin de controlar por parte de la policía de carreteras el sobrepeso de los vehículos y garantizar una adecuada conservación de las vías, en este caso nuestro proyecto, que es Girardot-Ibagué-Cajamarca.

DR. LÓPEZ: Gracias. Segunda pregunta, indique al Tribunal, ¿qué clase de básculas, no de estaciones, sino de básculas, se usan en el corredor vial que administra Concesionaria San Rafael?

SRA. CONTRERAS: En el proyecto Girardot-Ibagué-Cajamarca tenemos dos básculas estáticas, tenemos una báscula móvil y tenemos una báscula portátil.

DR. LÓPEZ: Tercera pregunta, explíqueme al Tribunal, ¿qué servicio presta una báscula en una estación de pesaje fija o una báscula de pesaje fija?

SRA. CONTRERAS: Básicamente, como les mencioné ahora en la pregunta anterior, pues una estación de pesaje tiene una finalidad, que es establecer o determinar el peso que llevan los vehículos que transitan por el corredor.

¿Cómo se hace este proceso o en qué consiste? Previamente a la Estación se tiene establecida una señalización, que le indica a los vehículos que deben ingresar a la estación de pesaje fija, los vehículos que ingresan, suben a la báscula estática, que es una báscula de 100 toneladas camioneras con tres plataformas, es una balanza semiautomática, esto quiere decir que tiene un software automático, pero tiene que ser operado manualmente por un operador; el vehículo se sube a la báscula y el software lee el peso del vehículo, producto de esta lectura sale un ticket informativo que refiere el nombre de la Concesionaria, la localización de la báscula, que es muy importante, el peso del vehículo, el peso regulado por la norma del vehículo que se pesó, esto nos lo da el software, y el peso que actualmente lleva el vehículo.

Si el vehículo está con sobrepeso, efectivamente ahí tiene que estar la policía de carreteras, la policía de carreteras verifica el peso que acaba de emitir el software y si está con sobrepeso se procede a imponer un comparendo al vehículo, y hacer que se desmonte la carga; aquí es importante resaltar, que la facultad de imponer un comparendo, la facultad de determinar que la carga sea desmontada del vehículo es una responsabilidad de la policía de carretera, la Concesionaria bajo su obligaciones solo se encarga de pesar e informar, pero quien hace el control efectivo de un

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)**

comparendo es la policía de carreteras, entonces este sería el proceso que se hace en una actuación de pesaje.

(...)

DR. LÓPEZ: ... informe al Tribunal, ¿en dónde se encuentran situadas las básculas que usted acaba de mencionar?

SRA. CONTRERAS: Sí doctor Francisco, tenemos una en el tramo I de la variante Chicoral, que es una vía que construyó la Concesionaria San Rafael, tenemos otra en Gualanday, en el tramo III, cerca de las instalaciones del peaje Gualanday la primera en Chicoral está también en cercanías al peaje de Chicoral, la báscula móvil está ubicada también en Gualanday y la portátil esa se hace operativos conjuntos con la policía, donde la policía considere que se pueda también ubicando.

DR. LÓPEZ: Gracias. Diga al Tribunal, ¿si con las básculas fijas y la móvil que se encuentran dispuestas en el corredor vial se ha cumplido en el sentido de haberse satisfecho el pesaje de los vehículos de carga que transitan por el corredor vial?

SRA. CONTRERAS: Sí señor, tenemos como le dije dos estaciones de pesaje fija, una móvil, y adicionalmente tenemos el apoyo de la portátil y consideramos que el sentido del pesaje ha estado satisfecho durante estos ocho o diez años largos de ejecución del proyecto”.

4.2.6.6 Las básculas dinámicas no fueron colocadas en las estaciones de pesaje fijas.

De conformidad con las manifestaciones de las Partes tanto en la demanda arbitral reformada como en la contestación de la misma, la CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A., no cuenta con la báscula dinámica exigida en la Estación de Pesaje de Gualanday, localizada en el PR9+0350 Ruta 4004, en el sentido Ibagué- Bogotá ni con la báscula dinámica exigida en la Estación de Pesaje de Chicoral, localizada en el PR17+250 Ruta 4004B, en el sentido Bogotá- Ibagué.

En el interrogatorio de parte rendido por el Señor EZEQUIEL ROMERO, representante legal de la CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A., recibido por el Tribunal en la audiencia celebrada el 19 de agosto de 2020, señaló lo siguiente:

“DRA. MELO: Perfecto. Y en las estaciones de pesaje decía que debería estar dotada de una báscula dinámica y de una báscula estática, ¿de esas estaciones cuáles tienen básculas dinámicas y básculas estáticas?

SR. ROMERO: Las dos estaciones fijas tienen báscula estática y no tienen báscula dinámica.

DRA. MELO: No es más, muchas gracias.

También en esa misma fecha, la Testigo CAROLINA CONTRERAS, señaló lo siguiente:

DR. LÓPEZ: Sírvase informar al Tribunal, si lo sabe o le consta, ¿desde qué época o fecha se pusieron en funcionamiento las básculas que usted ha venido hablando?

SRA. CONTRERAS: Bueno, sí señor. La báscula estática que está ubicada en Chicoral se puso cuando se puso a funcionar la variante Chicoral, esto fue septiembre del 2010,

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)**

la báscula estática de Gualanday, esa se puso a operar en agosto del 2012, la báscula móvil de Gualanday en noviembre del 2011 y la portátil se suministró al proyecto en el año 2017 en noviembre del 2017.

DR. LÓPEZ: Informe al Tribunal, si lo sabe o le consta, ¿si la interventoría y/ o el INCO, hoy ANI, una vez fueron puestas en funcionamiento las básculas que usted habla, hubieran hecho alguna especie de reclamos o de reparos respecto del servicio o fin atendidos en las estaciones de pesaje dispuestas en el corredor, en específico si advirtieron que el pesaje de los vehículos de carga que transitaban por el mismo no se estuviese adelantando de manera adecuada? En caso afirmativo dígame al Tribunal, ¿en qué época o fecha ocurrió eso?

SRA. CONTRERAS: No, no... requerido ningún requerimiento al respecto.

DR. LÓPEZ: Siguiendo pregunta, infórmele al Tribunal, si lo sabe o le consta, ¿si la interventoría y/o el INCO, hoy ANI, una vez fueron puestas en funcionamiento las básculas hubiera hecho alguna especie de reclamo o reparo respecto del número o clase de estaciones de pesaje dispuestas en el corredor? En caso afirmativo diga al Tribunal, ¿en qué época o fecha ocurrió ello?

SRA. CONTRERAS: Al momento de poner en funcionamiento la báscula fija y la móvil no se recibió ningún requerimiento, el requerimiento que se nos ha hecho se recibió tan solo hasta junio del 2018.

DR. LÓPEZ: Diga al Tribunal.

DRA. CEDIEL: Perdóneme doctor. ¿Y ese requerimiento sobre qué fue?

SRA. CONTRERAS: El requerimiento que se nos hizo por parte de la interventoría MAB es relacionado respecto a las básculas dinámicas.

DRA. CEDIEL: Gracias. Pero ¿en qué consistió el requerimiento?

SRA. CONTRERAS: Discúlpeme doctora.

DRA. CEDIEL: ¿En qué consistió el requerimiento, que no servían, que no correspondían, en qué consistió?

SRA. CONTRERAS: La interventoría alega que no se tiene básculas dinámicas en el proyecto.

DRA. CEDIEL: ¿Usted considera que sí, que son dinámicas, cuáles, todas las fijas y la portátil?

SRA. CONTRERAS: No señora, las especificaciones técnicas de las básculas que tenemos en el corredor corresponden a básculas estáticas y básculas móviles.

DRA. CEDIEL: Si le entiendo, qué pena, ¿lo que dice la interventoría es que debían ser dinámicas?

SRA. CONTRERAS: La interventoría alega que debía haber una báscula dinámica.

DRA. CEDIEL: ¿Y de dónde dice la interventoría que debía ser dinámicas?

SRA. CONTRERAS: En el apéndice técnico B está establecido que debe existir, qué es lo que debe componer una estación de pesajes fija, ahí no sé si el doctor Francisco refiere la posición de la Concesionaria frente al tema, pero bueno, eso se lo dejo a que

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)**

él lo responda, en estos momentos el control de pesaje a lo largo de estos diez años de proyecto ha sido satisfactorio y ha podido desarrollar, tal fin con las básculas que tenemos actualmente en el corredor.

DRA. MELO: Perdón, con la venia de la señora Presidente, quiero hacerle una pregunta a la señora Carolina, para precisar este tema porque yo estoy un poco confundida. Efectivamente la cláusula en el numeral 4.1.3.1 de estaciones de pesaje, habla de dos clases de estaciones de pesaje, una estación de pesaje fija y una móvil a lo largo de la concesión, cierto, dice que las estaciones de pesaje deben tener dos clases de básculas, una báscula dinámica y una báscula estática, usted nos está hablando todo este tiempo de báscula móvil, entonces usted hace referencia a báscula móvil usted está refiriéndose a báscula dinámica, yo estoy confundida, entonces nos gustaría que nos precisara, que le aclarara al panel, las clases de estaciones de pesaje y las clases de que tienen esas estaciones de pesaje cada una de ellas, por favor.

SRA. CONTRERAS: De acuerdo al clausulado o al numeral del apéndice que usted está leyendo es correcto, el contrato establece, lo que dice el apéndice establece dos estaciones de pesaje, una fija y una móvil, y dice luego que una estación de pesaje fija debe contar con una báscula dinámica y una báscula estática.

DRA. MELO: No, dice que las estaciones de pesaje, el contrato dice esto, entonces dígame, en relación con esas estaciones de pesaje que ya nos ha dicho que tienen dos fijas en la vía Chicoral y en Gualanday y una móvil y una portátil, entiendo que la portátil también se entendiera como móvil, también las tiene, dígame ¿de las fijas de Chicoral y Gualanday las fijas qué tipo de básculas tiene?

SRA. CONTRERAS: Estáticas, doctora, tenemos dos fijas con dos estáticas.

Preguntada por el Señor Agente del Ministerio Público en esa misma audiencia, la Señora CAROLINA CONTRERAS le señaló al Tribunal lo siguiente:

“Hemos hablado de la estación, que si es fija, que si es móvil, demás, pero también se hablado de las básculas, en el contrato en ese numeral 4.1.3.1 del que se hablaba, se habla que se deben tener dos estaciones de pesaje con básculas dinámicas, que era la que usted explicaba ahorita que operan automáticamente, ¿esas básculas dinámicas fueron instaladas por el concesionario?

SRA. CONTRERAS: No, no señor, la estación de pesaje fija está conformada por básculas estáticas, en el corredor no hay básculas dinámicas.

DR. VILLAMIL: ¿En el contrato se estipula que debería existir las dos básculas dinámicas?

SRA. CONTRERAS: El contrato establece que debe haber una estación de pesaje fija con una báscula estática y una báscula dinámica

DR. VILLAMIL: ¿Y esa báscula dinámica la instaló el concesionario?

SRA. CONTRERAS: No señor.

DR. VILLAMIL: ¿Y tiene alguna razón de ser, de no haber cumplido con esa cláusula del contrato?

SRA. CONTRERAS: La razón de ese, en su momento se hicieron mesas de trabajo con el antiguo INCO y se acordó de construir una estación de pesaje fija adicional, que

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)**

es la que ustedes encuentran en Gualanday, en reemplazo a esa báscula dinámica, pero desafortunadamente no nos quedó regularizado ese tema.

DR. VILLAMIL: Yo estoy leyendo aquí, no sé si sea correcto, usted conoce más el contrato, me podría indicar si es así, dice que en el numeral 4.1.3.1 del apéndice B el concesionario deberá construir mínimo dos estaciones de pesaje fijas, de las cuales deberán estar dotadas de una báscula dinámica.

SRA. CONTRERAS: Puedo aquí abrir el apéndice yo, doctor.

DR. VILLAMIL: Si la señora Presidente lo permite.

DRA. CEDIEL: No hay problema.

SRA. CONTRERAS: Doctor, estoy en el numeral 4.1.3.1 del apéndice, página 55, dice: *“El concesionario deberá construir, operar y mantener en funcionamiento como mínimo dos estaciones de pesaje, dos puntos, una fija y una móvil a lo largo de la construcción.”*

DR. VILLAMIL: Sí y más adelante habla, deberá construir mínimo dos estaciones de pesaje fijas.

SRA. CONTRERAS: Más adelante dos estaciones de pesaje, no, no señor, en la primera parte refiere dos estaciones de pesaje y pone dos puntos, una fija y una móvil.

DR. VILLAMIL: Yo me estoy refiriendo, disculpe doctora, al escrito de la contestación de la reforma de la demanda y el apoderado de la ANI dice que en la adenda No. 2 del 28 de septiembre de 2006 que dio origen al contrato de concesión en el numeral 4.17 modificó los tres primeros párrafos del numeral 4.1.3.1 del apéndice B quedando así, creo que diferimos del contenido del texto.

SRA. CONTRERAS: Bueno. Yo estoy mirando el apéndice técnico B, no estoy mirando ninguna adenda, estoy mirando el apéndice técnico B del contrato de concesión, sí señor.

DR. VILLAMIL: Está bien. Me atengo a lo que está.

SRA. CONTRERAS: Y esto fue lo que se construyó y lo que se viene operando y funcionando durante diez años, solo hasta el año 2018 nos han hecho algún requerimiento.

DR. VILLAMIL: Perfecto. Listo, doctora, nada más. Muchas gracias, no es más, señora Presidenta, por mi parte.

DRA. CEDIEL: ¿Al respecto, doctora Ileana, doctor Antonio, tienen alguna pregunta que formular?

DRA. MELO: Sí, antes, con la venia de la señora Presidenta, gracias, doctora Martha. Entonces, para recapitular. Dos estaciones de pesaje, según el numeral 4.1.3.1, una estación de pesaje fija y una móvil, entonces hay dos fijas, según usted nos ha contado en la vía Chicoral y en Gualanday, y hay una estación móvil y una estación portátil, las fijas, las estaciones fijas tienen báscula estática y las estaciones de pesaje móvil y portátil no tiene dinámicas, no tiene básculas dinámicas, sino que tiene básculas móviles, es lo que usted ha dicho.

SRA. CONTRERAS: Sí señora, pero le hago ahí la precisión doctora, las básculas fijas son las que de acuerdo al apéndice que usted ha mirado son las que se componen de

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)**

báscula estática y dinámica, la báscula móvil es otra cosa aparte, entonces nosotros tenemos dos estaciones de pesaje fijas con básculas estáticas.

DRA. MELO: Sí, es correcto.
(...)

DRA. MELO: O sea, dentro de las estaciones fijas puede caber la báscula estática o la báscula dinámica.

SRA. CONTRERAS: Así es, sí señora.

En conclusión, el Concesionario sí construyó y puso en funcionamiento el número de estaciones de pesaje fijas requeridas en el Contrato, incluido el Apéndice B, con la modificación hecha por la Adenda No. 2 al Pliego de la Licitación, el cual forma parte del Contrato de Concesión, pero no aportó las básculas dinámicas exigidas para cada estación de pesaje fija, con lo cual, la obligación no ha sido cumplida y por lo tanto prosperará la excepción u oposición formulada por la Parte Convocada.

4.2.6.7 La imposibilidad de cambiar el objeto de las obligaciones mediante acuerdos verbales de los cuales por lo demás no existe prueba.

Aunque en la demanda arbitral se señaló que tales obligaciones pudieron haberse modificado por acuerdos adoptados por las Partes en mesas de trabajo, el hecho es que, de haber existido, no fueron aportadas al proceso arbitral ni la constancia de la celebración de tales mesas de trabajo, ni la copia de tales acuerdos o la constancia de los mismos, con el objeto de verificar si efectivamente estaban suscritos por los representantes contractuales de las Partes. La ausencia probatoria en tal sentido, le impide al Tribunal analizar la posibilidad de encontrar alguna manifestación de voluntad de la entidad Concedente de la cual pudiere predicarse un acto propio y, de contera, predicar la aplicación del principio de confianza legítima como lo ha solicitado la Parte Convocante por conducto de su apoderado.

En todo caso, de conformidad con lo previsto en la Cláusula 73 del Contrato de Concesión suscrito por las Partes el 13 de agosto de 2007, el citado Contrato no puede ser modificado sino por acuerdo expreso y escrito debidamente firmado por los representantes legales debidamente autorizados de las Partes.

4.2.6.8 Los efectos resultantes de no colocar las básculas dinámicas.

Como atrás se observó, colocar básculas dinámicas y estáticas en las estaciones de pesaje fijas obedece a la necesidad legal y práctica de controlar el peso por eje y el peso bruto vehicular de los camiones que circulan por las vías objeto de la Concesión, de tal manera que la estructura del pavimento, puentes y demás obras diseñadas o rediseñadas para soportar las cargas máximas legales permitidas no sufran deterioro anticipado por sobrepeso, causando costos adicionales de mantenimiento o en casos extremos de interrupción del servicio por colapso de alguna obra fundamental.

Técnicamente tales actividades deben ser realizadas mediante la construcción y operación de las dos clases de básculas. La báscula dinámica permite identificar y calcular por

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

anticipado el peso de la carga cuando el vehículo está en movimiento de tal manera que si no excede el peso legalmente permitido puede seguir su ruta sin necesidad de parar y con ello no congestionar la vía. Así mismo, permite detectar y clasificar previamente los vehículos sobrecargados de manera que el personal de la Estación de Pesaje lo conduzca a la báscula estática para comprobar el peso por eje y el total de los vehículos con sobrepeso. Por ello, ambas básculas deben permanecer en servicio de tal manera que no se presenten colas superiores a tres (3) vehículos de carga.

No contar con básculas dinámicas en las estaciones de pesaje fijas impide hacer dicho monitoreo y clasificación por anticipado y en movimiento de los vehículos de carga de manera técnica pues su ausencia obliga a hacerlo al ojímetro lo cual es ineficiente e ineficaz. De realizar un control exhaustivo, se congestiona la báscula estática y se deteriora por su mayor uso, al tiempo que genera congestión en la Estación y en la vía pues el número de vehículos por pesar se incrementa considerablemente, lo cual afecta la oportuna prestación del servicio público e incrementa los costos de transacción por la demora en los servicios de pesaje.

Por ello, la obligación consignada en el Contrato de Concesión No. 007 de 2007 y más concretamente en el numeral 4.1.3.1 del Apéndice B *“Especificaciones Técnicas de Operación, Mantenimiento y Servicios al Usuario”*, que de él forma parte, suscrito en los términos en que fue redactado dicho Apéndice B que incorpora las modificaciones que fueron introducidas, entre otras, por la Adenda No. 2 del 28 de septiembre de 2006, es necesaria, útil, eficaz y eficiente para los fines del objeto contractual.

4.2.6.9 La no reclamación oportuna no implica que cese o desaparezca la obligación mientras el Contrato no se haya liquidado.

Es cierto como lo señala la Parte Convocante que desde la fecha de suscripción del Contrato de Concesión No. 007 de 2007 y hasta el día 27 de junio de 2018, la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA-ANI, ni las distintas Interventorías que han auditado, vigilado y verificado el cumplimiento de las obligaciones a cargo de la CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A. hicieron a ésta reparo o glosa alguna respecto del cumplimiento de la obligación prevista en el numeral 4.1.3.1 del Apéndice B *“Especificaciones Técnicas de Operación, Mantenimiento y Servicios al Usuario”* tal y como fue modificado por la Adenda No. 2 del 28 de septiembre de 2006 y así incorporada a dicho Apéndice del Contrato al momento de su celebración el 13 de agosto de 2007.

Sin embargo, como lo señaló el señor Agente del Ministerio Público, de verificarse su ausencia de cumplimiento ello no obsta para reclamarle al Contratista, con el fin de cumplir la finalidad para la cual se previó contar con tales instrumentos.

4.2.7 Conclusión

De conformidad con lo anteriormente expuesto, prosperará la excepción formulada por la Agencia Nacional de Infraestructura en relación con el grupo de pretensiones del Grupo **“VI.2 DECLARATIVAS CONCERNIENTES A LAS ESTACIONES DE PESAJE”** en el

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)**

sentido de que el Concesionario ha incumplido las obligaciones a su cargo contenidas en el numeral 4.1.3.1 del Apéndice B "*Especificaciones Técnicas de Operación, Mantenimiento y Servicios al Usuario*" del Contrato de Concesión relativas a las Estaciones de Pesaje, puesto que faltan las básculas dinámicas en las dos (2) estaciones de pesaje fijas.

A su vez, con base en las mismas consideraciones expuestas, el Tribunal **no accederá a las citadas pretensiones declarativas.**

4.3 LAS PRETENSIONES DEL GRUPO “VI.3 DECLARATIVAS CONCERNIENTES A LA AFIRMADA ELUSIÓN DEL PEAJE DE GUALANDAY”

En el acápite VI, 3 de la demanda reformada (páginas 7 y 8), la Convocante consigna las pretensiones en los siguientes términos:

“VI.3 PRETENSIONES DECLARATIVAS CONCERNIENTES A LA AFIRMADA ELUSIÓN DEL PEAJE DE GUALANDAY

PRIMERA: Se declare que el documento CONPES 3107 de 2001 “Política de Manejo de Riesgo Contractual del Estado para Procesos de Participación Privada en Infraestructura” fijó la Política de Riesgos que le fue aplicada a los Contratos de Concesión de Tercera Generación.

SEGUNDA: Se declare que el documento CONPES 3107 de 2001 “Política de Manejo de Riesgo Contractual del Estado para Procesos de Participación Privada en Infraestructura” fijó, con carácter imperativo, como uno de sus lineamientos el que los Riesgos deben ser identificados y asignados claramente a las Partes en los contratos.

TERCERA: Se declare que el documento CONPES 3107 de 2001 “Política de Manejo de Riesgo Contractual del Estado para Procesos de Participación Privada en Infraestructura” no contempló ni reguló el Riesgo correspondiente al fenómeno denominado Elusión.

CUARTA: Se declare que el Contrato de Concesión No. 007 de 2007 en consonancia con lo dispuesto en el documento CONPES 3107 de 2001 no tipificó y menos asignó el Riesgo correspondiente al fenómeno denominado Elusión a la Concesionaria San Rafael S.A.

QUINTA: Se declare que en tanto el Contrato de Concesión No. 007 de 2007 no tipificó ni reguló el Riesgo correspondiente al fenómeno denominado Elusión y tampoco lo asignó a la Concesionaria San Rafael S.A. no es posible que la Entidad Concedente reclame a la Concesionaria los efectos negativos derivados de la presentación de tal fenómeno.

SEXTA: Se declare que la Concesionaria San Rafael S.A. no incumplió las obligaciones previstas en la Cláusula 10 numerales 10.31 y 10.32 del Contrato de Concesión No. 007 de 2007.

SÉPTIMA: Se declare que el Contrato de Concesión No. 007 de 2007 en su Cláusula 26 no contempla ninguna Disminución en la Remuneración del Concesionario cuando quiera que se hayan incumplido las obligaciones contenidas en los numerales 10.31 y 10.32 de su Cláusula 10.

OCTAVA: Se declare que la afirmada Elusión del pago de la tarifa del Peaje de Gualanday, supuestamente actuada por parte de un Subcontratista de la Concesionaria

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)**

San Rafael S.A., denunciada por la Interventoría Consorcio INTERCONCESIONES a la Agencia Nacional de Infraestructura-ANI en el año 2012, no se concretó, pues los supuestos de hecho aludidos por la entonces Interventoría como configurativos de la alegada Elusión no se correspondieron ni se corresponden con la realidad ocurrida por cuanto partieron de simples apreciaciones de la Interventoría y, en todo caso, de hechos que no le constaron; amén de que éstos no configuran una Elusión.

PRETENSIÓN NOVENA: Se declare que el fenómeno denominado Elusión no fue regulado como uno de los riesgos asociados a la ejecución del Contrato de Concesión No. 007 de 2007 y, en todo caso, su ocurrencia no apareja la imposición de ninguna especie de sanción a la Concesionaria San Rafael S.A.

PRETENSIÓN DÉCIMA: Que como consecuencia de las anteriores declaraciones se disponga que la Concesionaria San Rafael S.A. no debe realizar el Fondeo de la Subcuenta Principal reclamado por la Interventoría y la Agencia Nacional de Infraestructura-ANI en cuantía de \$7.799.166.933 ni tampoco, alternativamente, debe contabilizar dicho valor dentro del Ingreso generado, ni debe consignar al Fondo de Seguridad Vial la suma de \$33.428.571 pesos.

PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA DÉCIMA: En el remoto caso en que Sus Señorías concluyan que la Elusión denunciada por la Interventoría y reclamada por la Agencia Nacional de Infraestructura-ANI se sucedió, y procede la consecuencia reclamada por la ANI se declare que el monto a transferir a la Subcuenta Principal o a imputar al Ingreso Generado deberá establecerse a partir del número de viajes realmente actuados por el Subcontratista de la Concesionaria San Rafael S.A., vale decir, los necesarios para transportar 45.000 metros cúbicos de material rocoso que fue el realmente movido desde la zona comprendida entre el PR0+000 al PR0+892 del Tramo 2 hasta el centro de acopio de material Buenos Aires”.

4.3.1 Lo pretendido en la Demanda Reformada.

Pasa el Tribunal a ocuparse de las pretensiones declarativas concernientes a la afirmada Elusión del peaje de Gualanday, que aparecen en el acápite VI.3 de la reforma de la demanda que fue presentada el 23 de enero de 2020.

1. Las obligaciones relativas a la Elusión del peaje se encuentran en la Cláusula 10, numerales 10.31 y 10.32: en el primero, la Concesionaria se obliga a establecer por su cuenta y riesgo las medidas de control para impedir la Elusión, y en el segundo, a dar aviso a las autoridades de tránsito y colaborar con ellas en el control de la utilización de vías que tengan como finalidad o efecto la evasión y Elusión en el pago del peaje; con ese propósito deberá celebrar un convenio con las autoridades competentes y acordar con ellas el soporte logístico correspondiente. El Tribunal toma nota de que no se discute la evasión sino la Elusión.
2. Se trata de diez pretensiones principales y una subsidiaria de la pretensión Décima.
3. Las tres primeras pretensiones se refieren al Documento CONPES 3107 de 2001 que se titula *“Política de Manejo de Riesgo Contractual del Estado para Procesos de Participación Privada en Infraestructura”*.
4. La Primera pretensión pide que se declare que el CONPES 3107 fijó la Política de Riesgos aplicable a los contratos de concesión de Tercera Generación. La Segunda,

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

que se declare que los Riesgos deben ser identificados y asignados claramente a las Partes en los contratos y, la Tercera, que se declare que el CONPES 3107 no contempló el Riesgo relativo a la Elusión.

5. La pretensión Cuarta pide que se declare que el Contrato de Concesión No 007 de 2007 no tipificó ni asignó el Riesgo de Elusión a la Concesionaria San Rafael.
6. La Quinta pretensión pide que se declare que no es posible que la Concedente reclame a la Concesionaria los efectos negativos de la Elusión.
7. La Sexta pretensión pide que se declare que la Concesionaria no incumplió las obligaciones previstas en la Cláusula 10 numerales 10.31 y 10.32 del Contrato de Concesión 007 de 2007.
8. En la pretensión Séptima pide que se declare que el Contrato 007 de 2007 no contempla ninguna Disminución en la Remuneración del Concesionario por incumplimiento de las obligaciones de que tratan los numerales 10.31 y 10.32 del Contrato de Concesión.
9. La pretensión Octava pide que se declare que la Elusión denunciada a la ANI por la Interventoría Consorcio Interconcesiones no se concretó pues parte de simples apreciaciones y de hechos que no le constaron, amén de que estos hechos no configuran una Elusión.
10. La pretensión Novena pide que se declare que el fenómeno de la Elusión no fue regulado como uno de los riesgos asociados a la ejecución del Contrato de Concesión No. 007 de 2007 y que, en todo caso, su ocurrencia no apareja la imposición de sanciones a la Concesionaria San Rafael.
11. La Décima pretensión pide que se disponga que la Concesionaria no debe realizar el fondeo de la Subcuenta Principal en cuantía de \$7.779.166.933 ni tampoco, alternativamente, debe contabilizar dicho valor dentro del Ingreso Generado, ni debe consignar al Fondo de Seguridad Vial la suma de \$33.428.571.
12. Por último, la pretensión subsidiaria de la Décima pide que se declare, en caso de haber ocurrido la Elusión, que el monto por transferir a la Subcuenta Principal o a imputar al Ingreso Generado deberá establecerse a partir del número de viajes realmente realizados por el Subcontratista de la Concesionaria, vale decir, 45.000 metros cúbicos de material rocoso movidos desde la zona comprendida entre el Pro+000 al Pro+892 del Tramo 2 hasta el centro de acopio de material Buenos Aires.

4.3.2 Posición de la Convocante.

La Concesionaria fundamenta sus pretensiones en que (i) la Interventoría que denunció la Elusión no constató los hechos constitutivos de la misma pues su vinculación al Contrato de Concesión fue posterior a dichos hechos, y en que (ii) no se configuró una Elusión.

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

Sobre el primer fundamento, la Convocante aduce que el 24 de octubre de 2014 la Interventoría Consorcio Interconcesiones remitió a la ANI el oficio C.1082/GC01789/14/5.2 en que denunció un incumplimiento de la obligación del numeral 10.31 acaecido en el año 2012 y en años anteriores que carece de fundamento pues esta Interventoría actuó entre octubre de 2012 y abril de 2018. La propia Interventoría manifestó en su oficio que *“Tal y como se advirtió, la elusión del peaje de Gualanday por cuenta de un Subcontratista del Concesionario se presentó antes de que iniciara actividades la presente interventoría. De acuerdo con lo anterior, esta interventoría no tuvo control sobre las actividades del Concesionario en el periodo de la elusión, por tanto, no es factible hacer una cuantificación de dicha elusión del peaje de Gualanday, por cuanto se tendría que entrar en supuestos que no podemos justificar”*.

En el mismo oficio citado en el punto anterior, la Interventoría expresó que el incumplimiento de la obligación del numeral 10.31 no es sancionable por cuanto la Clausula 26 regulatoria de las Disminuciones en la Remuneración de la Concesionaria no contempla sanción por el incumplimiento del numeral 10.31 y que, por lo mismo, no es aplicable la Cláusula Penal Pecuniaria.

Alega la Concesionaria que después de la Interventoría Consorcio Interconcesiones está actuando en esa labor la actual, que se denomina Interventoría Consorcio MAB que dirigió a la Convocante el oficio CMAB-1-476-0331-18 en que recogió las observaciones de la anterior y solicitó fondear la Subcuenta Principal del Patrimonio Autónomo o en su defecto, imputar la cifra a que ascendió la Elusión al Ingreso Generado.

Para la Convocante, la Interventoría que realizaba labores en el periodo de la supuesta Elusión no dijo absolutamente nada al respecto y fueron las dos últimas Interventorías, a las que nada les constó, las que formularon la notificación a la ANI sobre la supuesta Elusión.

La notificación extemporánea de las Interventorías sobre la Elusión del peaje de Gualanday se traduce en un desconocimiento de las expectativas legítimas de la Concesionaria, en la violación del principio de la buena fe y en el quebrantamiento del principio de los Actos Propios que prohíbe a una parte cambiar de posición cuando por su comportamiento ha creado una expectativa legítima sobre una situación legal consolidada.

El segundo fundamento consiste en afirmar que los supuestos hechos no constituyen una Elusión. Para ello, aduce en sus alegatos de conclusión que la Elusión no está definida en el Contrato de Concesión y que debe distinguirse de la evasión: esta última, en su concepto, implica el paso del automotor por el propio peaje o caseta y mediante trucos o artimañas no pagar su importe; la primera, la Elusión, implica el paso del automotor por una vía alterna para no pagar el peaje eludido. Pero, concluye, en ambos casos es necesario que el automotor ruede por la vía concesionada donde está la caseta del peaje. En este caso, el Subcontratista de la Concesionaria nunca utilizó la cinta asfáltica que administra la Concesión San Rafael.

Para probar lo anterior se remite a la carta GIC-2012-001411 de 11 de diciembre de 2011 de la Concesionaria donde afirma que el material que se extrajo entre el punto PR29+100

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

y PR30+300 en el Tramo 2 se llevó a la zona de acopio Buenos Aires sin utilizar la cinta o carpeta asfáltica precisamente para protegerla por el peso excesivo de dicho material; se utilizó una vía alterna, pero sin pisar jamás la vía concesionada. Concluye que, como no hubo uso de la vía concesionada, no pudo haber Elusión.

4.3.3 Posición de la Convocada.

La ANI manifestó, por su parte, que la Concesionaria ha incumplido la obligación contractual de impedir la Elusión del pago del peaje de Gualanday.

Se fundamenta en el testimonio de DANIEL ALFREDO TOVAR quien hizo parte de la Interventoría Interconcesiones y que afirmó que cuando llegaron a la obra ya estaba adelantado el 80% de la misma y que había una vía adaptada sobre la carrilera habilitada para trasegar material que era utilizada por la Concesionaria. No dijo con certeza si INVIAS manifestó si existía o no el permiso correspondiente.

También basó su alegato en un requerimiento de la Interventoría contenido en comunicación 001411 del 11 de diciembre de 2011 en que se le hizo a la Concesionaria el requerimiento sobre la Elusión del peaje.

Al igual que la Concesionaria, la ANI también puso de presente la comunicación 1-476-0435-18 de 19 de noviembre de 2018 en que el Consorcio MAB le expresó a la Convocante que el hecho de transportar material por la vía paralela y no por la concesionada constituye una Elusión del peaje Gualanday y le ofrece dos alternativas: una, realizar un fondeo a la Subcuenta Principal por \$7.799.166.933 y una consignación por \$33.428.571 al Fondo de Seguridad vial y otra, corregir el informe fiduciario a 30 de septiembre de 2018 para incluir una consignación por \$7.799.166.933 como Ingreso Generado y consignar el mismo valor ya citado en el Fondo de Seguridad Vial.

Por último, concluye con la afirmación de que la ANI aprobó el informe de la Interventoría en oficio No 2019-305-004422-1 de 15 de febrero de 2019 con lo que dejó en firme el reclamo sobre la Elusión del pago del peaje.

4.3.4 Consideraciones del Tribunal. Los problemas jurídicos por resolver.

Para resolver la diferencia sobre la Elusión del peaje, el Tribunal abordará, en su orden, el concepto de Elusión, los efectos de la formulación tardía de la reclamación en firme -15 de febrero de 2019- sobre la supuesta Elusión, si puede derivarse una confesión de la carta de la Concesionaria en la que reconoció la remoción de material en 2011 y lo trasegó por la vía paralela que va sobre el ferrocarril sin utilizar la vía concesionada, y por último, los criterios de interpretación de los contratos aplicables al caso.

4.3.4.1 El concepto de Elusión.

La primera constatación que hace el Tribunal es que el Contrato de Concesión no define el concepto de Elusión y por eso, no se puede establecer con certeza cuándo se presenta ese fenómeno a falta de conocer sus elementos constitutivos.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)**

La palabra eludir tiene un efecto unívoco en el idioma español pero polisémico en materia de derecho. En español es evitar una dificultad o una obligación; en derecho puede significar una acción lícita o ilícita.

En derecho la palabra eludir puede significar una acción lícita como cuando las partes podían celebrar un contrato mediante oferta y aceptación y no pagaban el impuesto de timbre o una acción ilícita o contraria a la ley como cuando una sociedad fiduciaria no realiza diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia, según el numeral 1 del artículo 1234 del Código de Comercio. Nada se les podía achacar a las partes que decidían celebrar un contrato no presencial mediante el envío de una propuesta y la aceptación posterior de la misma que no causaba el impuesto de timbre, hipótesis está contemplada en la misma ley. Por el contrario, la fiduciaria que elude sus obligaciones por no desplegar toda la diligencia posible quebranta el mandamiento legal que se plasma en el contrato de fiducia.

La falta de definición contractual del concepto de Elusión se refleja en la posición de las Partes: para la Concesionaria, el no uso de la vía concesionada no puede generar Elusión y para la ANI, el uso de una vía paralela a la concesionada constituye una Elusión.

A pesar de la falta de definición, el Contrato de Concesión entiende que la Elusión debe evitarse y no cabe duda de que la Convocante tiene a su cargo esta obligación como se afirmó atrás.

El Tribunal coincide con la Convocante en que la hipótesis de circular por la vía concesionada y pasar por la caseta del peaje sin pagar su importe corresponde más a una evasión que a una Elusión.

Varias hipótesis distintas a la que origina la diferencia podrían corresponder a una Elusión: el automotor que utiliza vías públicas alternas para eludir el peaje sin usar la vía concesionada; el automotor que usa la vía concesionada pero antes del peaje toma una vía pública alterna y elude el peaje; el automotor que llega por la vía concesionada y retorna o se devuelve antes de pasar por el peaje.

Si se acepta en gracia de discusión que sí son hipótesis de Elusión, ¿qué podría hacer la Concesionaria? Muy poco, aparentemente, pues no puede oponerse a que un automotor circule por vías públicas o que retorne antes de llegar al peaje. A no ser que se interprete que impedir la Elusión se traduce en una campaña cívica o comercial en que se invite a los conductores a utilizar la vía concesionada por sus ventajas de seguridad, amplitud, peraltes técnicamente contruidos, servicios de grúa, gasolina y alimentación, etc.

Ninguna o poca luz se desprende del Contrato para determinar si el evento propio que se discute es Elusión o no, a saber, la construcción de una vía paralela que implica el no uso de la concesionada, pero con el propósito de no dañar la capa o carpeta asfáltica de esta última.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)**

4.3.3.2 Formulación tardía de la reclamación de Elusión.

Desde el punto de vista probatorio, el Tribunal encuentra probado que: (i) ha habido al menos cuatro firmas que han desempeñado la Interventoría; que (ii) la Interventoría que concluyó que hubo Elusión en el año 2018 reconoció expresamente que no tuvo control sobre los hechos que ocurrieron en el año 2011 y 2012 y que no puede cuantificar la Elusión por no poder justificar sus supuestos; que (iii) la ANI acogió el informe de Interventoría en el año 2019; y, que (iv) la Convocante no confesó propiamente una Elusión pero sí reconoció que removió una cantidad de material, inferior a la que sirvió de base para la cuantificación, que trasegó por la vía paralela sobre la carrilera para evitar el daño de la capa asfáltica, sin usar la vía concesionada.

Para mayor claridad, la Interventoría sobre el Contrato de Concesión ha sido desempeñada por: Consorcio Interconcesiones, del 10 de diciembre de 2008 al 9 de marzo de 2012; Consorcio CB Ingenieros S.A, del 27 de julio de 2012 al 9 de marzo del mismo año; Consorcio Interconcesiones, del 5 de octubre de 2012 a abril de 2018 y Consorcio MAB, del 9 de mayo de 2018 hasta la fecha.

La pregunta que cabe es si el oficio de la Interventoría que formuló el reclamo en el año 2018, acogido por la ANI en el año 2019, sobre hechos que ocurrieron seis o siete años atrás, tiene la virtualidad de erigirse como una reclamación acorde con el Contrato de Concesión o si tal reclamación debe ser desechada por extemporaneidad.

Para responder a la pregunta anterior, el Tribunal tiene que examinar las obligaciones de la ANI y de la Interventoría derivadas de la ley y del propio Contrato de Concesión. En sus alegatos, la Convocante citó las normas y Cláusulas pertinentes.

La Ley 80 de 1993 en su artículo 32, numeral 4, en la definición del Contrato de Concesión expresa que a la entidad concedente le corresponde la vigilancia y control de las actividades contractuales del concesionario. Esta obligación legal se plasmó en la Cláusula 2 del Contrato de Concesión al asignar al INCO el control y vigilancia del uso y explotación del proyecto de Concesión Vial Girardot-Ibagué-Cajamarca.

Por su parte, el numeral 4 del artículo 4 de la Ley 80 obliga a las Entidades Estatales a adelantar las revisiones periódicas de las obras ejecutadas, servicios prestados o bienes suministrados para verificar que ellos cumplan con las condiciones de calidad ofrecidas por los contratistas y promover las acciones de responsabilidad contra estos y sus garantes cuando dichas condiciones no se cumplan.

La Cláusula 11 del Contrato en su numeral 11.16 asigna al INCO la vigilancia, seguimiento y control de la Concesión Vial de manera directa o a través de la Interventoría.

Además de lo anterior, el Documento CONPES 3107 de 3 de abril de 2001, denominado Política de Manejo de Riesgo Contractual del Estado para Procesos de Participación Privada en Infraestructura, establece en el literal C del punto VI que *“Quizás el aspecto más importante en todo este proceso es contar con las herramientas metodológicas y el equipo de personal capacitado para hacer un efectivo seguimiento de los contratos. Esto permite*

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)**

anticipar problemas en la ejecución de los proyectos y estudiar soluciones. Adicionalmente es fundamental ejercer un estricto control de las obligaciones de las partes para alcanzar los beneficios previstos del proyecto.”

El Tribunal está de acuerdo con la Convocante en que el control y seguimiento debe ser permanente y no esporádico o aleatorio. Interpretar que se acomoda al Contrato de Concesión un control con las dos últimas características anotadas significa vaciar de sentido la obligación de la ANI, hoy Convocada y de su Interventor: un control así no sirve para determinar el cumplimiento cabal de las obligaciones de la Concesionaria pues impide formular requerimientos serios, documentados y probados en la medida en que sus fundamentos le constan directamente a la concedente o al interventor.

La única manera en que cobra sentido la obligación de seguimiento y control es la vigilancia permanente, cercana, *in situ*, para no depender de versiones de terceros o para evitar suposiciones fácticas o reclamos deducidos que se podrían evitar con la presencia permanente del interventor.

Las citas que trae al proceso la Parte Convocante del caso arbitral entre Coviandes y la ANI son pertinentes pues allí se discutió la validez contractual de reclamos de Interventoría que fueron extemporáneos y que por esa razón fueron descartados por ese Tribunal.

Además de lo anterior, los hechos que pudieron constituir la Elusión fueron públicos o no secretos o clandestinos lo que pudo permitir fácilmente a la Interventoría la formulación de una reclamación sólida y oportuna.

Para el Tribunal es claro que la prueba de la Interventoría que fue allegada al proceso-comunicación del 19 de noviembre de 2018 del Consorcio MAB- en que se consolida la reclamación por Elusión es muy débil pues, sin acudir a otras pruebas, la propia Interventoría dice que los hechos no le constan y que no puede cuantificar el monto a que asciende la supuesta Elusión pues tendría que partir de supuestos que no puede justificar. El oficio de la ANI de 15 de febrero de 2019 que acoge el informe de la Interventoría que se acaba de citar queda igualmente enervado en sus propósitos por tardío, como que pasaron ocho años desde la supuesta Elusión y sin materialidad propia pues se basa en la propia comunicación de la Interventoría.

No obstante lo anterior, el Tribunal se pregunta si la mera debilidad de las pruebas analizadas en el punto anterior es suficiente para concluir que no hubo Elusión. La respuesta es negativa pues no podría fincarse exclusivamente el incumplimiento de una obligación contractual en los informes de Interventoría pues llevaría a consecuencias absurdas como establecer una prueba única cuando la ley no lo ordena o consolidar una especie de tarifa probatoria en desmedro de la sana crítica, amén de permitir al concesionario eludir, ahí sí, las consecuencias de sus incumplimientos siempre que no sea vigilado debidamente por el interventor o por el concedente.

La respuesta negativa que ha dado el Tribunal a la pregunta planteada lo obliga a buscar en otras pruebas si se presentó la Elusión alegada por la ANI.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)**

4.3.3.3 La supuesta confesión de la Convocada.

En su contestación de demanda y en sus alegatos la ANI sostiene que la Concesionaria confesó en carta de 2011 que sí removió un material y que lo trasegó por una vía paralela que ocupa la vía férrea para disponerlo en el centro de acopio de Buenos Aires.

Lo primero que destaca el Tribunal es que en la demanda arbitral no existe, a efectos del Código General del Proceso en su artículo 193, una confesión del apoderado en el sentido de que su subcontratista y, por ende, la Convocante, eludió el pago del peaje de Gualanday. La carta de 2011 no constituye ni confesión trasladada ni extrajudicial en los términos del artículo 191, numeral 6 del C.G.P.

Como es obvio, el hecho de que el contenido de la carta de 2011 no sea una confesión no significa que el Tribunal se deba abstener de examinar si la Elusión se presentó o no, para lo cual la propia carta aludida será objeto de análisis.

La carta en cuestión, que ya fue citada atrás, es la No. GIC-2012-001411 de 11 de diciembre de 2011 de la Convocante a la Interventoría de la época, sobre la cual el propio apoderado de la Convocante afirma en la demanda que no constituye confesión. Hay sí el reconocimiento de unos hechos, pero con una calificación diferente.

En la carta, la ahora Convocante afirmó que (i) en el sector comprendido entre el PR29+100 y el PR30+300 del Tramo 2 tenía que realizar una explanación de un terreno que implicó la generación de 900.000 metros cúbicos de material consistente en conglomerados en que aparecieron grandes sobre tamaños y que (ii) transportó los sobre tamaños de peso exagerado al centro de acopio de Buenos Aires donde hay una planta de asfalto en vehículos articulados y volquetas doble troque sin utilizar la cinta asfáltica y el resto de material de mucho menor peso se llevó a Zodmes o se utilizó en terraplenes o rellenos de las vías en construcción.

En la demanda arbitral reafirmó que el no uso de la cinta asfáltica no se realizó para eludir el pago del peaje sino para proteger precisamente dicha cinta asfáltica.

En este punto vuelven a enfrentarse las tesis de las Partes: no hubo Elusión pues trató de preservar la vía concesionada que por esa razón no fue usada y sí hubo Elusión porque pudiendo usarse esta vía, el subcontratista no lo hizo.

El Tribunal considera que le asiste razón a la Convocada por dos razones: la primera, porque a pesar de que no hay confesión, la sana crítica enseña que una afirmación de 10 años atrás hecha por la Convocante en la carta de 2011 sin encontrar objeción oportuna debe interpretarse de manera indivisible, vale decir, en lo bueno y en lo perjudicial lo que arroja la conclusión de que se prueba lo perjudicial -el no uso de la cinta asfáltica- y lo bueno -el propósito de preservar el buen estado de la vía concesionada-.

La segunda razón radica en que la afirmación de la Convocante sigue las reglas de la experiencia en el sentido de que el pago del peaje habría tenido un costo mucho menor que el de reparar una vía deteriorada por el trasego de los sobre tamaños.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)**

4.3.3.4 Las reglas de interpretación del contrato.

El Tribunal debe ahora reparar en las reglas de interpretación de los contratos para ver si ellas confirman la interpretación de que no se presentó una Elusión o, si por el contrario, apuntan a la existencia de esa figura.

El Contrato de Concesión es un contrato estatal que requiere para su celebración, como cuestión de principio, el adelantamiento de una licitación previa por parte de la Entidad Estatal. Así lo establece el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007 que señala expresamente las excepciones al principio, es decir, los casos en que la Entidad Estatal puede celebrar directamente los contratos.

En la licitación que está obligada a adelantar la Entidad Estatal esta tiene normalmente un contrato modelo que contiene los términos y condiciones generales a que debe someterse el contratista. A dichos términos y condiciones se agrega la oferta que fue aceptada por la Entidad Estatal para conformar el contrato estatal.

La obligación relativa a evitar la Elusión contenida en la cláusula 10, numerales 10.31 y 10.32 del Contrato de Concesión 007 de 2007 corresponde a una en que la Convocante actúa como deudora y la ANI como acreedora; además, la Cláusula 10 fue predispuesta por el INCO/ANI y la Convocante la aceptó por formar parte de los términos y condiciones del Contrato de Concesión como se desprende de los hechos de la demanda y de su contestación.

Para confirmar lo anterior, el INCO abrió por Resolución 441 del 25 de julio de 2006 la Licitación Pública SEA-L-007 para celebrar un Contrato de Concesión relativo al Proyecto Vial Girardot-Ibagué-Cajamarca.

Por Resolución 465 del 16 de julio de 2007, el INCO adjudicó la Licitación Pública a la Promesa de Sociedad Futura Concesionaria San Rafael S.A.

El 13 de agosto de 2007 se suscribió el Contrato de Concesión 007.

El artículo 1624 del Código Civil que hace parte del Título XIII denominado *De la interpretación de los contratos* establece en su inciso primero que *No pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación, se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor*. El inciso segundo del mismo artículo prevé en su tenor literal, lo siguiente: *Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella*.

El Tribunal tuvo oportunidad de establecer que *el concepto de Elusión era polisémico en el Contrato de Concesión*, es decir, que puede tener dos o más significados lo que lo califica como ambiguo y, en consecuencia, la Cláusula 10 en sus numerales 10.31 y 10.32 *debe interpretarse contra la ANI, Entidad Estatal acreedora, y a favor de la Convocante, sociedad*

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

deudora. El efecto jurídico es que no se le puede imputar a la Convocante la violación de la obligación de impedir la Elusión del pago del peaje de Gualanday.

Pero si se acudiera a la regla de interpretación llamada *contra proferentem* del inciso segundo citado, el Tribunal tendría que llegar a la misma conclusión, es decir, que la Convocante no puede ser responsable de la violación de la obligación de impedir la Elusión pues no aparece en el acervo probatorio una explicación de la ANI sobre el alcance preciso de dicha Elusión.

Quedan por resolver las pretensiones relativas al Documento 3107 expedido por el Consejo Nacional de Política Económica y Social CONPES el 3 de abril de 2001.

La Primera Pretensión relativa a la Elusión del peaje pide que se declare que el CONPES 3107 fijó la política de riesgos para los Contratos de Concesión de Tercera Generación, **a lo que accederá el Tribunal** pues dicho CONPES no solo los fijó, sino que hizo un comparativo con los riesgos de los contratos de Primera y Segunda Generación.

La Segunda Pretensión pide que se declare que el CONPES fijó con “carácter imperativo”, como uno de *“sus lineamientos el que los riesgos deben ser identificados y asignados claramente a las partes en los contratos”*. **El Tribunal negará la prosperidad de** esta pretensión, por la manera en que fue formulada, pues si bien es cierto que dicho Documento expresa que se refiere a participación privada en infraestructura y en su introducción más adelante indica que *“La aplicación de su normatividad y de los lineamientos expresados en este documento para la estructuración de proyectos y la adecuada asignación de riesgos entre las partes en los contratos con base en información suficiente... son una herramienta metodológica que permitirá fortalecer los procesos de vinculación de capital privado en infraestructura”* y, de igual manera, incluye como uno de sus lineamientos el mencionado por la Convocante, esto es, que los riesgos se identifiquen y asignen claramente a cada parte, en cada contrato, para el Tribunal es claro que el referido CONPES y los lineamientos allí dispuestos no tiene carácter imperativo, son meras recomendaciones y, en esa medida carecen del efecto vinculante que la Convocante pretende sea declarado.

La Tercera Pretensión pide que se declare que el documento CONPES no contempló el riesgo de Elusión. En una lectura estricta del CONPES, este no se refiere al riesgo de Elusión a no ser que se entienda comprendido dentro del riesgo comercial, que sí se contempla, pero dada la polisemia de la palabra Elusión, **el Tribunal dirá que tal riesgo no está contemplado.**

La Cuarta Pretensión pide que se declare que el Contrato 007 de 2007, en consonancia con lo dispuesto en el CONPES 3107 de 2001, no tipificó y menos asignó el riesgo de la Elusión del peaje Gualanday al Convocante. La pretensión utiliza dos verbos rectores, tipificar y asignar. Por el primero, se entiende la descripción de los elementos que conforman en su conjunto el fenómeno de la Elusión, carga que no desarrolló la ANI en el Contrato predispuesto y, por el segundo, se entiende la atribución de la obligación a una de las Partes, situación que no ofrece duda pues la carga de evitar la Elusión recayó en la Convocante.

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

Frente a lo anterior, **el Tribunal dirá que el riesgo sí se asignó en el Contrato a la Concesionaria, pero no se tipificó en el sentido de que no se definió ni se fijaron sus elementos constitutivos, lo que llevó al Tribunal a decidir que el concepto de Elusión es polisémico o ambiguo.**

En tal sentido, el Tribunal declarará la prosperidad parcial de esta pretensión cuarta. En esa medida declarará que prospera en tanto el Contrato no tipificó el riesgo de Elusión, pero no prospera, en el sentido de que el Contrato sí asignó la obligación de evitar la elusión en cabeza del Convocante.

La Quinta Pretensión, parte de la misma base de la pretensión cuarta y la Convocante pretende que por no haberse tipificado ni asignado el riesgo de Elusión, la ANI no puede reclamar los efectos negativos de tal fenómeno. Sobre el particular, el Tribunal dirá que esta **pretensión no prospera** pues la petición concreta es que la ANI nada puede reclamar del fenómeno de la Elusión del peaje y como la ANI es Parte Convocada no puede hablarse de reclamaciones o pretensiones de su parte.

En relación con las demás pretensiones, **la sexta, séptima, octava, novena y décima**, el Tribunal declarará, con base en lo expuesto, su prosperidad, **mas no la subsidiaria de la décima porque la décima principal prosperó**. Sobre la séptima, el Tribunal constató que el Contrato de Concesión no contempló una Disminución en la Remuneración de la Concesionaria por incumplimiento de las obligaciones de los numerales 10.31 y 10.32 de la Cláusula 10.

Finalmente, el Tribunal señala que la ANI presentó como excepción de mérito en este punto que el Concesionario incumplió sus obligaciones contractuales al no evitar la Elusión del peaje, riesgo este que le fue asignado en el Contrato 007 de 2007. Esta excepción de mérito será rechazada, pues, como se explicó, el Contrato predispuesto por la ANI no tipificó los elementos constitutivos de la Elusión, ni la ANI entregó las explicaciones que pudieran hacer claridad al respecto, lo que impide hacer un análisis de su presunto incumplimiento.

4.4 LAS PRETENSIONES del Grupo “VI.4 DECLARATIVAS CONCERNIENTES A LAS ÁREAS REMANENTES.”

4.4.1 Lo pretendido en la Demanda Reformada.

La Convocante en el acápite VI. de la demanda reformada, formuló las siguientes pretensiones:

“VI.4 PRETENSIONES DECLARATIVAS CONCERNIENTES A LAS ÁREAS REMANENTES O ADQUIRIDAS POR RAZONES TÉCNICAS.

PRIMERA: Se declare que la Agencia Nacional de Infraestructura durante el periodo comprendido entre el 21 de diciembre de 2007, fecha de inicio de ejecución del Proyecto, y el 23 de enero de 2013, fecha de la primera comunicación extendida por la Interventoría, en ejercicio de sus obligaciones - facultades de dirección, control y

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)**

vigilancia contenidas en las Cláusulas 11 (numeral 11.16) del Contrato de Concesión No. 007 de 2007 y Tercera (numerales 3.3 y 3.4) del Modificadorio No. 1 de fecha 24 de abril de 2008 no hizo glosa o reparo alguno respecto de la gestión predial adelantada por San Rafael S.A.

SEGUNDA: Se declare que la Agencia Nacional de Infraestructura durante el periodo comprendido entre el 21 de diciembre de 2007, fecha de inicio de ejecución del Proyecto, y el 23 de enero de 2013, fecha de la primera comunicación extendida por la Interventoría, en ejercicio de sus obligaciones - facultades de dirección, control y vigilancia contenidas en las Cláusulas 11 (numeral 11.16) y 66 del Contrato de Concesión No. 007 de 2007; y Tercera (numerales 3.3 y 3.4) del Modificadorio No. 1 de fecha 24 de abril de 2008 no convocó Comités de Gestión Predial.

TERCERA: Como consecuencia de la prosperidad de las anteriores pretensiones se declare que la gestión predial adelantada por San Rafael S.A. en el periodo comprendido entre el 21 de diciembre de 2007, fecha de inicio de ejecución del Proyecto, y el 23 de enero de 2013, fecha de la primera comunicación extendida por la Interventoría, debía entenderse como ajustada en un todo a las exigencias estipuladas en las Cláusula 34 del Contrato de Concesión No. 007 de 2007 y en el Modificadorio No.1 de fecha 24 de abril de 2008.

CUARTA: Se declare que en virtud de lo dispuesto en el Contrato de Concesión No.007 de 2007, en el Modificadorio No.1, en las Leyes 9 de 1989 y 388 de 1997 y en la Resolución INCO 609 de 2005 aquellas áreas de terreno no afectadas por el trazado de la vía pero que debían ser adquiridas por razones técnicas y aquellas que tampoco siendo necesarias para el trazado de la vía ostentasen la condición de remanentes debían ser adquiridas por el Concesionario a nombre de la Nación – ANI-.

QUINTA: Se declare que en ejecución del Proyecto de Concesión Vial Ibagué Girardot Cajamarca en el periodo comprendido entre el 21 de diciembre de 2007, fecha de inicio de ejecución del Proyecto, y el 23 de enero de 2013, fecha de la primera comunicación extendida por la Interventoría, aquellas áreas de terreno no afectadas por el trazado de la vía pero que debían ser adquiridas por razones técnicas y aquellas que tampoco siendo necesarias para el trazado de la vía ostentasen la condición de remanentes fueron adquiridas por San Rafael S.A. a nombre de la ANI.

SEXTA: Como consecuencia del despacho favorable de la pretensión anterior se declare que las áreas de terreno adquiridas por San Rafael S.A. por razones técnicas o por su naturaleza de remanentes, se integraron al Proyecto de Concesión Vial Girardot-Ibagué -Cajamarca y su derecho de dominio y posesión quedó en cabeza de la Nación (ANI).

SÉPTIMA: Como consecuencia del despacho favorable de las cuatro pretensiones anteriores se declare que el precio pagado por las áreas de terreno adquiridas por San Rafael S.A. por razones técnicas o por su naturaleza de remanentes, debía ser cubierto con los recursos depositados en la Subcuenta Predios del Patrimonio Autónomo FC Concesionaria San Rafael administrado por la Fiduciaria Colpatria S.A., como en efecto ocurrió.

OCTAVA: Como consecuencia del despacho favorable de las pretensiones anteriores se declare que San Rafael S.A. no está obligada a reintegrar a la Subcuenta Predios del Patrimonio Autónomo FC Concesionaria San Rafael administrado por la Fiduciaria Colpatria S.A. los dineros invertidos en la compra de terrenos por razones técnicas o por su naturaleza de remanentes resultantes de la afectación generada por la construcción de las vías que integran el Proyecto de Concesión Vial Ibagué Girardot Cajamarca.

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

4.4.2 Los hechos descritos en la demanda reformada que sirven de fundamento a las anteriores pretensiones.

Las pretensiones se sustentan en los hechos del acápite de la demanda arbitral principal reformada y que no obstante encontrarse en los antecedentes de este Laudo, se resumen de la siguiente manera:

El Apoderado de la Parte Convocante señala que de conformidad con el numeral 4o del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, la supervisión del Contrato de Concesión debe ser adelantada por la Entidad Contratante, de conformidad con lo dispuesto en la cláusula 11 del Contrato de Concesión No. 007 de 2007 -*numeral 11.16- “que fija como parte de las obligaciones a cargo de la Agencia adelantar permanentemente el control, seguimiento y vigilancia de las actividades adelantadas por la Concesionaria”.*

Del mismo modo refiere a la Cláusula 66 del Contrato de Concesión No. 007 de 2007 -*numeral 66.1 ultima viñeta* – donde fija como una de las funciones mínimas a cargo del Interventor, además de las asignadas por la ley:

“66.1. (...), las establecidas en otras cláusulas de este Contrato, en el contrato de Interventoría y en las establecidas en las Resoluciones del INVIAE y/o del INCO; así como las siguientes funciones mínimas: (...) (Y subraya)

- ***Hacer el seguimiento y verificación de la gestión predial desarrollada por el Concesionario, aprobando entre otras, las fichas prediales y socioeconómicas elaboradas por el concesionario.*** (Resalta)

Afirma también que, en cada uno de los Contratos de Interventoría, se estipuló como una de las principales obligaciones a cargo de la firma de Interventoría, llevar a cabo la vigilancia y control de la Gestión Predial adelantada por la Concesionaria.

De otra parte, señala que la Cláusula 34 del Contrato de Concesión No. 007 de 2007 sobre *Adquisición de Predios* fue objeto de reforma a través de la Modificación No. 1 del 24 de abril de 2008, con el ánimo de complementar el esquema de adquisición de predios establecido para el proyecto vial “GIRARDOT - IBAGUE - CAJAMARCA – GIC”, con el fin de agilizar su ejecución y establecer, mecanismos concretos de control y vigilancia en materia de gestión predial.

Resalta que entre las motivaciones que se tuvieron en cuenta para la citada Modificación No. 1 de 2008, fue la de dar un adecuado avance a la ejecución del contrato, y en tal sentido las Partes debían aunar esfuerzos para precaver eventuales riesgos de parálisis en la ejecución de las obras, haciendo las modificaciones necesarias para agilizar la adquisición predial, eliminar los trámites innecesarios y, enfatiza la Convocante *“fortalecer los mecanismos de control y vigilancia de la gestión contractual”.*

También expresa que el delegar la gestión predial al Concesionario, buscaba implementar procesos de calidad, eficiencia y efectividad en la adquisición de predios, y así contar oportunamente con la disponibilidad física y jurídica de las áreas necesarias para la ejecución de las obras

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

Luego transcribe algunas obligaciones a cargo de la Agencia (*antes INCO*) consignadas en la Cláusula Tercera de la Modificación No. 1 de 2008, relacionadas con la Interventoría, control y vigilancia del contrato y, en especial, lo atinente a la gestión predial.

Acerca de la convocatoria del Comité de Gestión Predial por parte de la Agencia o la Interventoría, señala que tenía como propósito, verificar el avance de la Gestión Predial y adelantar el estudio de casos específicos en los que la Concesionaria requiriera del apoyo de la Entidad.

Señala que el Concesionario dio inicio a la gestión predial desde el 21 de diciembre de 2007 y en el curso de ella -en nombre de la ANI- se hizo al derecho de dominio de los predios necesarios para la construcción de las obras, incluidas aquellas áreas de terreno adquiridas por aspectos técnicos o por su naturaleza de no desarrollable. El precio de la totalidad de los predios adquiridos para el Proyecto, incluidas las áreas de terreno adquiridas por aspectos técnicos o por su naturaleza de no desarrollable, fue pagado con los recursos depositados en la Subcuenta Predios del Patrimonio Autónomo FC Concesionaria San Rafael administrado por la Fiduciaria Colpatria S.A.

Expresa que toda la información comprensiva de la gestión predial adelantada por el Concesionario entre el 21 de diciembre de 2007 y 23 de enero de 2013 - *incluida la que reposaba en la Fiduciaria administradora del Patrimonio Autónomo*- siempre estuvo a disposición de la ANI y de la Interventoría. A su turno, en ese lapso, la ANI y la Interventoría siempre fueron informados de la gestión predial a través de la entrega de la denominada Sábana Predial; la naturaleza y alcance de las gestiones adelantadas por San Rafael S.A. sobre las áreas de terreno adquiridas por razones técnicas o por su naturaleza de no desarrollable, fueron conocidas por la ANI y la Interventoría y el INCO ni la Interventoría - *en ejercicio de las funciones y obligaciones a sus cargos contenidas en las Cláusulas 11 (numeral 11.16) del Contrato de Concesión No. 007 de 2007 y Tercera (numerales 3.3 y 3.4) del Modificadorio No. 1 de fecha 24 de abril de 2008*, hicieron glosa o reparo alguno respecto de la gestión predial adelantada por San Rafael S.A.

Afirma que tan solo, cinco (5) años después de la suscripción del Contrato 007 de 2007 y del inicio del Proyecto, **por primera vez**, es decir el día 13 de noviembre de 2012, la ANI solicitó a la Interventoría levantar un estudio acerca de la gestión predial adelantada hasta esa fecha por la CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A. y rendir un informe técnico, jurídico y financiero. El informe aludido fue entregado a la ANI por la Interventoría el 24 de enero de 2013, mediante la comunicación C.1082/GC0137/13/7.4.1.

Sin embargo, precisamente, fue a partir del 23 de enero de 2013 y hasta el 1 de julio de 2015 que la Interventoría generó sucesivos informes mediante los cuales glosó la Gestión Predial adelantada por la Concesionaria, solicitó la devolución de las sumas de dinero usadas en el pago de las áreas de terreno que fueron adquiridas, por aspectos técnicos o por su naturaleza de no desarrollable y el reintegro de las mismas a la Subcuenta de Predios del Patrimonio Autónomo.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)**

Señala que las razones por las cuales la Interventoría glosó la Gestión Predial adelantada fueron esencialmente que las áreas adquiridas no tendrían la naturaleza de remanentes o carecían de justificaciones técnicas para ser adquiridas. Por tal motivo, indica que la ANI, mediante las comunicaciones No. 2014-604-010393-1 de 4 de junio de 2014; No. 2014-604-017298-1 11 de septiembre de 2014; No. 2015-604-002869-1 de 12 de febrero de 2015; No. 2015-604-005821-1 de 17 de marzo de 2015 solicitó a San Rafael S.A. el reintegro de los recursos utilizados en la compra de los predios identificados por la Interventoría. En tal virtud, mediante la comunicación No. GIC-2015-0269 de 17 de febrero de 2015, San Rafael solicitó a la ANI activar el Mecanismo de Solución de Controversias contenido en la Cláusula 57 del Contrato de Concesión No. 007 de 2007 (modificado por el Otrosí No. 8), en específico, la Amigable Composición, pero ello no ocurrió y la Interventoría remitió a la ANI la comunicación C1082/GC2246/15/7.4.1. de 1 de julio de 2015, mediante la cual dictaminó que la CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A. debía reembolsar a la Subcuenta de Predios la suma de \$8.411.441.479.⁵⁴

En aras de buscar un acuerdo conciliatorio de los puntos en conflicto, las Partes propiciaron múltiples reuniones y mesas de trabajo para establecer cuáles de los predios glosados no habrían sido debidamente adquiridos por San Rafael S.A. bien por razones técnicas o por su naturaleza de remanentes. En ese sentido y como resultado de las reuniones aludidas, *“la Concesionaria asumió el compromiso de enviar a la ANI las certificaciones de no desarrollabilidad de los predios objeto de glosas (expedidas por las Secretarías de Planeación de los distintos Municipios) y/o los informes técnicos prediales elaborados por los especialistas que dieran cuenta de las razones por las cuales se adquirieron los terrenos.”* Así, entonces, mediante los oficios GIC-2015-2267 del 23 de noviembre de 2015; GIC-IB-2015-01383 del 21 de diciembre de 2015; GIC-IB-2015-1414 de 30 de diciembre de 2015, la Concesionaria le entregó a la ANI la información relacionada sobre los predios.

En efecto, señala, que con la información suministrada por la Concesionaria a la ANI soportó debidamente la compra de 75 predios que enlistó al describir el hecho 74; entregó los soportes que acreditan la debida compra de los predios –*certificados de no desarrollabilidad y/o informes técnicos*– y sus valores, que en su momento fueron glosados los cuales se encuentran detallados en el Documento Anexo No. 1 que se entregó como parte de las pruebas documentales que se acompañaron con la demanda.

La Concesionaria señala que, ya en el año 2018, la nueva Interventoría *“Consortio MAB al retomar el tema relacionado con las áreas remanentes, mediante oficio No. CMAB-1-476-0359-18 del 18 de octubre de esa anualidad”*, le solicitó la entrega de los soportes relacionados con la adquisición de áreas de terreno que, por aspectos técnicos o por su naturaleza de no desarrollable, fueron adquiridas para el Proyecto, incluyendo algunos adicionales a las que en su momento pidió la anterior Interventoría, las cuales fueron identificadas en el hecho 74 de la demanda. La relación de tales predios se muestra en la tabla que aparece en el hecho 76 de la demanda arbitral en el cual se identifican 75 predios enlistados de 1 a 51 y 63 a 86. Destaca que, a su juicio, esta nueva solicitud de la Interventoría Consortio MAB *“resultaba superflua dado que ya había sido formulada por Interconcesiones, y lo más importante, había sido atendida por la Concesionaria en los*

⁵⁴ Ver comunicación C1082/GC2246/15/7.4.1. de 1 de julio de 2015, p. 10.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)**

términos relatados con anterioridad.” Señala que los soportes que acreditan la debida compra de los Predios antes listados –*certificados de no desarrollabilidad y/o informes técnicos*- y sus valores (\$7.994.644.825,34), se encuentran detallados, de igual manera, en el documento Anexo No. 1 que se entregó como parte de las pruebas documentales que acompañaron la demanda arbitral.

En todo caso, señala que mediante comunicación No. GIC-IB-2018-0877 de 13 de noviembre de 2018, la Concesionaria dio respuesta a la solicitud efectuada por la Interventoría Consorcio MAB, indicando que la información requerida sería presentada de manera paulatina como había sido acordado en el cronograma de entrega de carpetas prediales, no obstante que el requerimiento anterior ya se había satisfecho.

En el interregno transcurrido entre la formulación de la primera glosa por el Consorcio Interconcesiones y la entrega de la información requerida por la Interventoría Consorcio MAB, señaló que se han aceptado, en el sentido de ser aprobados, los expedientes contentivos de las compras de 37 predios identificados en la Tabla que aparece en el hecho 78 de la demanda arbitral, esto es: CGIC-1-044, CGIC-1-044 A y B, CGIC-1-054, CGIC-1-054 B y C, CGIC-1-055, CGIC-1-055A, CGIC-1-055B, CGIC-1-059B, CGIC-1-059C, CGIC-1-059D, CGIC-1-060, CGIC-1-061, CGIC-1-063A, CGIC-1-064A, CGIC-1-067A, CGIC-1-072, CGIC-1-072A, CGIC-1-074, CGIC-1-074A, CGIC-1-075B, CGIC-1-076, CGIC-1-079, CGIC-1-081, CGIC-2-314, CGIC-2-337, CGIC-3-113A, CGIC-3-116, CGIC-3-118, CGIC-3-122, CGIC-3-123, CGIC-3-124, CGIC-3-146, CGIC-6-166, CGIC-6-167, CGIC-6-172, CGIC-7-181 y CGIC-7-185. Los soportes que acreditan lo descrito en dicha Tabla se encuentran igualmente incluidos en el Anexo No. 1 de la demanda arbitral.

Así mismo, la Concesionaria señala que pese a que entregó la documentación requerida por la Interventoría, a la fecha de la presentación de la demanda arbitral reformada, no había sido extendida la aprobación de los expedientes contentivos de las compras de 26 predios relacionadas en la Tabla que aparece en el hecho 79 de la demanda arbitral y que se identifican a continuación: CGIC-1-086*, CGIC-2-313, CGIC-2-313A, CGIC-2-318, CGIC-2-319, CGIC-2-321, CGIC-2-322, CGIC-2-323, CGIC-2-328*, CGIC-2-333, CGIC-2-338, CGIC-2-339, CGIC-3-101, CGIC-3-126A, CGIC-3-129*, CGIC-5-009*, CGIC-7-182, CGIC-7-185D, CGIC-7-186*, CGIC-7-190*, CGIC-7-195, CGIC-2-320H (Mejora)*, CGIC-2-329B (Mejora)*, CGIC-2-332A (Mejora)*, CGIC-2-320E (Mejora)* y CGIC-2-320G (Mejora)*.

Anota que los predios identificados con asterisco (*), corresponden a aquellos que antes no habían sido objeto de mención por las Interventorías, reliva que la información de esos 26 predios ha sido extraída de la comunicación CMAB-1-476-0605-19 del 19 de julio de 2019 y señala que las certificaciones de no desarrollabilidad de los predios que aún son objeto de glosas (expedidas por las Secretarías de Planeación de los distintos Municipios) y/o los informes técnicos prediales elaborados por los especialistas que dieron cuenta de las razones por la cuales se adquirieron los terrenos, se encuentran en el Anexo No. 1 entregado como parte de las pruebas documentales que se acompañaron con la demanda arbitral.

Esta controversia no ha sido solucionada por las Partes y es por ello que ha sido sometida a consideración de este Tribunal Arbitral.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)**

4.4.3 Fundamentos de las pretensiones de la Convocante.

En primer lugar, al referirse a la delegación de la gestión predial y la responsabilidad de la ANI como delegante, la Parte Convocante señala que “se tiene por averiguado que la delegación es uno de los mecanismos más importantes que tiene la administración pública para el ejercicio de sus funciones y sin el cual sería imposible cumplir con todas las tareas que le han sido asignadas. En breve, se entiende por delegación una modalidad de transferencia de funciones administrativas por parte del titular de la función a un órgano estatal o a un tercero cuando quiera que medie previa autorización legal.

La delegación no apareja la extinción de la responsabilidad del delegante en frente del resultado de las gestiones adelantadas por el delegatario puesto que su obligación de permanente control y vigilancia lo atan desde el momento en que delega y hasta la culminación de las actividades objeto de encomienda.

En aquellos casos en que la delegación se hace a un particular la entidad pública, titular de la función encomendada debe ejercer un control directo y permanente sobre el cumplimiento de lo encomendado sin perjuicio de los controles de carácter disciplinario, fiscal o penal que pudieran adelantar otros organismos del estado.

Es por lo anterior que en materia de contratación cuando una entidad delega en su Colaborador Contratista funciones propias de su competencia, a partir de que se concrete el acto de la delegación y hasta el último momento en que se adelante la encomienda, la entidad sigue siendo responsable de la gestión confiada en razón de que por el hecho mismo de la delegación no se desprende de sus funciones - facultades de control y vigilancia- que son inherentes a todo contrato estatal.

Ahora bien, en punto de la delegación de la gestión predial en Contratos de Concesión Vial, la Ley 105 de 1993 la habilita en los siguientes términos:

“ARTICULO 34- ADQUISICIÓN DE PREDIOS. En la adquisición de predios para la construcción de obras de infraestructura de transporte, la entidad estatal concedente podrá delegar esta función, en el concesionario o en un tercero. Los predios adquiridos figurarán a nombre de la entidad pública. El máximo valor a pagar por los predios o por las mejoras, lo establecerá la entidad estatal contratante, de conformidad con las normas vigentes sobre la materia, o mediante avalúos comerciales que se harán por firmas afiliadas a las Lonjas de Propiedad Raíz, con base en los criterios generales que determine para el efecto el Instituto Geográfico Agustín Codazzi.”

A partir de esta norma la ANI -antes INCO-, mediando modificación u otrosí contractual, ha habilitado a distintos Concesionarios para que en su nombre gestionen la compra de los predios necesarios para la ejecución de los Proyectos Viales a su cargo.

Así mismo, la Parte Convocante considera que la obligatoriedad para la Entidad a cuyo nombre se ejecuta una gestión predial, como toda actividad de la administración pública, ineludiblemente está regida por los lineamientos que le señalan la ley y los reglamentos aplicables a cada caso. Que la afectación de bienes inmuebles de propiedad privada por razón de la ejecución de obras de interés general, entre ellas, las de infraestructura, tiene

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

como eje rector lo dispuesto de manera general por la Ley 388 de 1997 que en un breve resumen dictamina, cómo el particular cuyos inmuebles resultan afectados en el sentido de ser necesarios para la construcción de la obra, en aras del interés general está obligado a poner a disposición del Estado la porción del predio de su propiedad requerida para tal efecto. Desde luego que, el particular ha de recibir la compensación suficiente por el desprendimiento que del derecho de dominio debe hacer en favor de la Nación, en relación con el total o una porción del inmueble afectado por la obra de infraestructura. Esa enajenación ha de ser el resultado de la aplicación de una de las dos vías que reglamenta la legislación aplicable. La primera, la de la enajenación voluntaria y la segunda la de la vía de la expropiación, sea ésta en sede judicial o administrativa.

Pero, señala, ocurre que en muchas ocasiones la porción del predio, no directamente afectada o necesaria para la ejecución de la obra, exhibe tales características que por su uso, tamaño o forma hacen que ella no sea desarrollable, vale decir, resulte inútil para el propietario de todo el globo del terreno. Entonces, la ley en sabio criterio exige que esa porción restante e inútil deba ser necesariamente adquirida, *Ope legis*, a fin de no hacer aún más gravoso el sacrificio del interés particular en holocausto al general. Ocurre entonces, que cuando se enfrenta un específico inmueble con los planos incorporados a los sendos POT, PBOT o EOT correspondientes al municipio en cuya jurisdicción está ubicado el predio y de tal cotejamiento resulta que el área restante del predio afectado, no requerida para la ejecución de la obra, debe ser necesariamente adquirida sin más prolegómenos.

Expresado este contexto legal y reglamentario se debe concluir ineluctablemente que por virtud de la ley aquellas porciones de predios remanentes que tengan la condición de tales a la luz del ordenamiento territorial aplicable deben ser adquiridos en aplicación del derecho sustancial. Por manera que aquellos formalismos o aprobaciones o validaciones que eventualmente deban añadirse representan simples arandelas que de ninguna manera pueden vulnerar el derecho sustancial en juego, máxime si se tiene en cuenta el postulado Superior según el cual debe prevalecer el Derecho sustancial sobre los simples formalismos.

Pero existe otra hipótesis que no se deriva de la aplicación de la norma que regula la adquisición predial en tanto que consiste en la necesidad imperiosa de adquirir una porción adicional de aquella necesaria para la construcción de la vía y/o de la estructura, pero que por razones de orden técnico es ineludible adquirir por cuanto que sobre dichas porciones adicionales se han de construir elementos complementarios o preservadores de la obra de infraestructura en desarrollo. En ese caso, obviamente, la necesidad de adquirir esa porción ha de erigirse en la justificación técnica que lleve a la convicción de que, sin la construcción del elemento adicional, la vía o estructura en desarrollo no contará con algunos elementos adicionales y conexos que garantizan su buen funcionamiento y/o estabilidad.

Además de todo lo dicho, por imprescindible, es obligado recalcar que la Gestión Predial debía ser objeto de vigilancia y control por parte de la ANI y de las sucesivas Interventorías concomitantemente a su paulatino desarrollo, como los ojos vigilantes que eran de la ejecución del Contrato de Concesión No. 007 de 2007. Por lo que el ejercicio de esta obligación - facultad de manera tardía, sorpresiva y extemporánea ningún efecto ha de

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

producir respecto de actividades en que incurrió la Concesionaria pacífica y permanentemente admitidas.

Por su parte, en su alegato de conclusión, la Parte Convocante señaló que en lo que hace a esta disputa, lo que contienen las Partes es si las Áreas de terreno compradas por la Concesionaria para la ejecución del Proyecto, en nombre de la Agencia y a favor de la Nación, fueron debidamente adquiridas. En específico, si las denominadas Áreas Remanentes por ostentar la condición de no desarrollables o las adquiridas por Razones Técnicas fueron compradas para el Proyecto por exhibir tales condiciones. Bien leído lo pretendido por la Convocante y la posición exhibida por la Convocada, *“sin sospecha de duda se concluiría que lo disputado se centra en que según la visión de la Agencia las áreas adquiridas alegando dicha condición material lo fueron inadecuadamente por cuanto: (i) en relación con las áreas adquiridas como remanentes dada su condición de no desarrollabilidad, la adquisición se produjo sin contar con la certificación previa de exhibir tal naturaleza; (ii) de la misma manera, aquellas no requeridas para la conformación misma de la vía pero de obligada adquisición por razones de orden técnico se adquirieron sin mediar la previa presentación del informe técnico que demostraba esa necesidad; y, (iii) respecto de ni las primeras ni de las segundas el órgano Comité Predial previamente autorizó su adquisición.”*

De su lado, como se explayó más adelante, señaló que la Parte Convocante *“enarbola el fundamento de su actuar en los siguientes fundamentos de hecho y argumentos de derecho: (i) que a la luz de las reglas de ordenamiento territorial aplicables a cada específico predio los adquiridos por no ser desarrollables mostraban tal condición y que la misma fue certificada previamente, pero obviando algunos requisitos de orden puramente formal, como luego se verá; (ii) mismos argumentos se blanden respecto de las áreas adquiridas por razones técnicas; (iii) que no obtuvo la previa autorización escrita del Comité Predial por la elemental razón de no haber operado sino esporádicamente durante el año 2017 y de manera continuada tan solo a partir del año 2018; hito histórico a cuya llegada la labor de adquisición predial ya se encontraba concluida y, (iv) que la Gestión Predial por ella desplegada se realizó a ojos vista, a ciencia y paciencia de la Entidad Concedente y de sus Interventorías, sin que mientras se produjo una y/u otras hubiesen manifestado su no beneplácito.”*

La Convocante señala que todas y cada una de las áreas adquiridas por mostrar o tener una u otra condición deben ser convalidadas por el Tribunal o simplemente sujetas a que la condición que determina la obligatoriedad o necesidad ineludible de su adquisición se certifique plenamente.

A esa conclusión arriba la Convocante por lo que a continuación expone:

- **PRINCIPIO GENERAL DE LA REPARACIÓN INTEGRAL. LEYES MARCO DE LA AFECTACIÓN PREDIAL: LEY 9 DE 1989, ARTÍCULO 90 SUPERIOR, LEY 388 DE 1997, LEY 446 DE 1998, ARTÍCULO 33 LEY DE INFRAESTRUCTURA 1682 DE 2013. NECESIDADES TÉCNICAS.**

“Se tiene por averiguado que el interés general ha de prevalecer sobre el particular y que como corolario de tal indiscutible aserto es que cuando un inmueble de propiedad

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)**

privada es requerido para construir sobre él una obra de infraestructura, el mismo pueda ser incorporado al Patrimonio de la Nación bien mediante la aplicación del procedimiento de la enajenación voluntaria, ora por el de la expropiación judicial o administrativa; si la primera vía no es plausible. Esta práctica entroniza el sacrificio del interés individual en favor del colectivo.

“No obstante, cuando de la práctica de adquisición de bienes afectos a una obra pública resulta que en cabeza del titular del predio queda el dominio de un área inútil a la luz de la normativa del Ordenamiento Territorial aplicable, no es de recibo constitucional ni legal que el inicial sacrificio se amplifique condenando al privado a mantener un dominio que le resultará inútil. Por ello desde tiempos pretéritos surge a cargo del Estado, en aplicación de la normativa vigente, la obligación de adquirir dichos predios.

“Este principio protector general que se constituyó más en una creación pretoriana que en una específica disposición legal, se entronizó en el Artículo 33 de la Ley 1682 de 2013 que a su letra dice:

‘ADQUISICIÓN DE ÁREAS REMANENTES NO DESARROLLABLES. En los procesos de adquisición predial para proyectos de infraestructura de transporte, las Entidades Estatales podrán adquirir de los titulares de derechos reales sobre los predios requeridos para la ejecución de proyectos de infraestructura, áreas superiores a las necesarias para dicha ejecución, en aquellos casos en que se establezca que tales áreas no son desarrollables para ningún tipo de actividad por no cumplir con los parámetros legales, esquemas o planes básicos de ordenamiento territorial o por tratarse de zonas críticas o de riesgo ambiental o social.’

“La disposición en cita, sin embargo, no de manera expresa sino implícita cobija aquellas áreas que, no siendo necesarias para la construcción de la vía u obra de infraestructura, desde el punto de vista puramente técnico han de ser adquiridas para la ejecución de obras complementarias o protectoras de los proyectos en ciernes; es decir, las llamadas zonas a adquirir por razones técnicas que en esencial medida es como si fuesen indispensables para la ejecución de la obra pública misma por su condición de imprescindibles.

LA CONDICIÓN SUSTANCIAL DE NO DESARROLLABILIDAD. EL ORDENAMIENTO TERRITORIAL Y SUS EXPRESIONES EN LOS POT, PBOT O EOT. (1)

“Bastaría la cita del Artículo 33 de la Ley 1682 de 2013 para irremediablemente concluir que cuando un área encarna la condición de remanente por no desarrollabilidad, ésta debe ser adquirida. Entonces, breve y escuetamente ha de decirse que cuando confrontada el área bajo análisis con las disposiciones regulatorias del Ordenamiento Territorial de cada municipio la misma no es apta para desarrollar las actividades principales o complementarias que del ordenamiento resultan indefectiblemente debe ser adquirida y compensada.

“Bastando y sobrando lo dicho, es imperioso recalcar que la condición de no desarrollabilidad resulta de la materialidad misma que encarna el predio y de su comparación con el reglamento aplicable; tal naturaleza no surge ni es otorgada ni proviene de la certificación que así lo declare; el animal es desorejado porque carece de una oreja, insistimos, no así porque el veterinario lo constata y certifica. Por manera que la certificación se constituye en un simple elemento formal, mismamente que su oportunidad temporal y su específico contenido material.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)**

EL REQUISITO FORMAL DE LA CERTIFICACIÓN DE SU CONDICIÓN O LA NECESIDAD DEL INFORME TÉCNICO. (2)

“Dicho lo acabado de expresar veamos lo que el Anexo 17 de la Gestión Predial regula sobre esta insustancial formalidad:

‘ANEXO 17. GESTIÓN PREDIAL PARA ADQUISICIÓN DE PREDIOS Y ZONAS REQUERIDOS PARA PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA VIAL

(...)

‘PRODUCTOS A ENTREGAR INFORMACIÓN PREDIAL

‘En relación con cada predio requerido:

(...)

-Certificación uso suelo

-Certificación de la oficina de planeación sobre áreas mínimas para zonas urbanas y rurales.’

“En frente de aquellas áreas requeridas por razones técnicas resulta indispensable la elaboración y entrega de un informe que las desarrolle y justifique.

LO SUCEDIDO IN CASU. CERTIFICACIONES CON VICIOS DE FORMA O EXTEMPORÁNEAS O INFORMES TÉCNICOS INEXISTENTES O TARDÍOS. (3)

“Como uno de los insumos a conformar o a obtener respecto de cada predio era preciso recopilar y adjuntar la certificación de uso del suelo y la certificación de la Oficina de Planeación de cada respectivo municipio.

“En la Gestión Predial ejecutada por Concesionaria San Rafael S.A. se incurrió en algunas intrascendentes omisiones o insuficiencias a saber:

- ✓ Obtención de certificaciones genéricas sobre la no desarrollabilidad de grupos de predios.
- ✓ En algunos poquísimos casos, la no incorporación al expediente de la memorada certificación.
- ✓ Obtención y/o adjunción extemporánea de las mismas a cada expediente predial.
- ✓ No incorporación a los expedientes del caso de los informes técnicos que soportaban la necesidad ineludible de adquirir una específica área de terreno.
- ✓ Adjunción extemporánea de uno u otro tipo de certificación o informe.

“Empero, no nos cansaremos de repetir, lo trascendente y esencial era que las áreas de las que hablamos tuviesen la condición de no desarrollable o de ser requeridas por razones de orden técnico para tener que ser compradas.

LOS ACUERDOS EN ORDEN A SUBSANAR LOS DEFECTOS O AUSENCIA. MESAS DE TRABAJO DE 2015. (4)

“Cuando ya iba a culminar la labor de adquisición de los predios requeridos (más del 90%) la Interventoría Interconcesiones, con el eco de la Agencia, formuló por primera vez glosas a la adquisición predial y concretamente en lo que dice relación a la compra de áreas remanentes por su condición de no desarrollabilidad o de áreas necesarias por razones técnicas.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)**

“De consuno y bajo el liderazgo de la Agencia, en el segundo semestre del año 2015, se realizaron mesas de trabajo con la participación de las tres partes involucradas con el propósito de buscar los mecanismos tendientes a subsanar las ausencias formales de los requisitos exigidos por el Anexo 17 de la Gestión Predial, pero bajo el claro entendido que los mismos no eran creadores de las notas esenciales de un área remanente por no ser desarrollable o de un área requerida por exigencias técnicas.

“En punto a las certificaciones de los órganos territoriales (Oficinas de Planeación), a seis manos se conformó una certificación que principalísimamente encarnó las siguientes características:

- ✓ Debía referirse a cada predio en particular.
- ✓ Debía incluir una individualización plena de cada uno de ellos, incorporando el folio de matrícula inmobiliaria y la cedula catastral de la mayor extensión afectada.
- ✓ La certificación debía transcribir o mentar el específico artículo del que surgía su naturaleza de no desarrollable.
- ✓ Era preciso que el área a adquirir se identificara mediante el sistema de coordenadas y
- ✓ Como era obvio, debía estar suscrita por la Oficina de Planeación del Municipio en cuya jurisdicción estaba ubicado el predio.

“Desde otra esfera, en el caso de las áreas que debían ser adquiridas por razones técnicas, se debían presentar los informes justificativos correspondientes.

“Dichos acuerdos, reconocidos en las deposiciones pertinentes debe decirse que no fueron solemnizados pero que, con independencia de haberlo sido o no, de manera implícita pero categórica significaron la admisión de que lo prevalente era la condición natural del predio y no su certificación y que éstas no obstante haber sido obtenidas ex post facto o mejoradas a posteriori connotaban la convalidación de la naturaleza esencial del predio y su consecuente adquisición.

SU CUMPLIMIENTO. ENVÍOS SUCESIVOS Y CONTINUADOS (5)

“Consta en el expediente que los acuerdos de que trata el acápite anterior desembocaron en las remisiones que se identifican así:

Comunicación GIC-2015-2267 del 23 de noviembre de 2015
Comunicación GIC-IB-2015-01383 del 21 de diciembre de 2015
Comunicación GIC-IB-2015-1414 de 30 de diciembre de 2015.

“Pero haciendo notar que después de la última entrega ha habido un continuo trasegar entre la Concesionaria y la Interventoría con miras a dar cabal cumplimiento a lo acordado, como resultó atestado.

BALANCE Y CONCLUSIÓN. ESTADO ACTUAL.

“Resulta agradable mostrar seguidamente el estado de la cuestión cuyos números hablan por sí solos.

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

ÍTEM	MUNICIPIO	N° PREDIOS EN DISCUSIÓN CON LA ANI	PREDIOS CON CERTIFICADO DE NO DESARROLLABILIDAD APORTADO	PREDIOS CON INFORMES TÉCNICOS APORTADOS	PREDIOS QUE CONTINUAN EN DISCUSIÓN CON LA ANI
1	Flandes	5	4	1	0
2	Espinal	7	7	0	0
3	Coello	43	31	8	4
4	Ibagué	39	30	5	4
TOTAL		94	72	14	8

• LA ENTREGA PREVIA DE LAS CERTIFICACIONES DE NO DESARROLLABILIDAD Y LA APROBACIÓN DE LA ADQUISICIÓN POR RAZONES TÉCNICAS. (6)

“Sería ingenuo obviar la exigencia de la aprobación previa que en el Contrato se norma así:

Literales (b) y (c) del Numeral 2.1. del Modificadorio No. 1 al Contrato de Concesión 007 de 2007

- ✓ Literal (b) Áreas no Desarrollables.

“aquellas áreas sobrantes que deban ser adquiridas por no ser desarrollables, previa certificación de esta situación por parte de las Oficinas de Planeación competentes y aprobación de la INTERVENTORIA.”

- ✓ Literal (c) Por razones técnicas

“aquellas que sean definidas conjuntamente en los Comités Prediales, situación que constará en las Actas correspondientes de los citados Comités.”

“Ahora bien, no parece condigno con lo ocurrido venir a alegar en los albores del año 2013 (cinco largos años después) que la adquisición de dicho tipo de predios era espuria por la carencia o defectos formales de las certificaciones previas o de las aprobaciones de los informes técnicos. Campea en el Derecho Administrativo la Institución del denominado Comportamiento Interpretativo o, lo que es lo mismo, la Interpretación Tácita como la paradigmática consagración de la conducta exhibida por las Partes en el decurso de un Contrato.

“Quedó fehacientemente probado que desde los orígenes de la Gestión Predial - diciembre de 2007- en acatamiento a las estipulaciones del Contrato la Concesionaria estaba obligada a entregar dos insumos de vital trascendencia, la Sabana y la Tira prediales. Estos documentos, como resulta de su simple inspección, permitían conocer cuáles de las adquisiciones pertenecían a estas especies de áreas adquiridas (remanentes y técnicamente necesarias). No es de recibo, entonces, aceptar como válido el reiterado pero tardío malestar acerca de la no existencia, extemporaneidad o no suficiencia de las certificaciones o informes requeridos.

“A este propósito vale la pena atraer las sabias Sentencias de nuestro Tribunal de cierre en lo Contencioso Administrativo que al referirse al punto predicó: “probablemente no habrá mejor alternativa hermenéutica respecto del contenido de la declaración para escudriñar en la intención de las partes al formularla, que el comportamiento que ellas mismas hayan observado durante su ejecución.”⁵⁵

⁵⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de 9 de mayo de 2012.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)**

“De su lado, la Justicia Arbitral al referirse al mismo punto expresó:

‘En conclusión, el criterio de interpretación auténtica es la regla subjetiva de interpretación por excelencia y es prevalente frente a otros criterios.

‘Cómo se determina la voluntad de los contratantes según el criterio de interpretación auténtica? Para determinar la voluntad de las partes, es preciso evaluar sus acciones previas durante toda la relación contractual: tanto sus manifestaciones y aquiescencias (interpretación expresa) como sus conductas (interpretación tácita).

‘Toda acción ejecutada dentro del marco contractual puede convertirse en hito para determinar la voluntad de las partes excepto si se demuestra que corresponde a una falsa apreciación, a una inadvertencia de un contratante o a un cumplimiento imperfecto del contrato.

(...)

[G]eneralmente no aparecerá esta interpretación auténtica por medio de palabras escritas, sino con la observación de lo que las partes han hecho; pero la manera como han procedido a ejecutar prácticamente el convenio determinará la inteligencia que le han dado y que deberá seguirse dándole.’

‘En ese orden de ideas, este criterio de interpretación del contrato subraya que probablemente no habrá mejor alternativa hermenéutica respecto del contenido de la declaración para escudriñar en la intención de las partes al formularla, que el comportamiento que ellas mismas hayan observado durante su ejecución (...) Se trata, entonces, de asumir el comportamiento de las partes como criterio interpretativo o de la existencia del denominado ‘comportamiento interpretativo’. (...)’⁵⁶

“Al punto, los hechos sucedidos hablan por sí solos.

FALTA AL DEBER DE VIGILANCIA Y CONTROL. 2007 – 2013

“Toda palabra o consideración sobre este tópico sobra. Las continuadas, persistentes, ininterrumpidas conductas omisivas de la Agencia y de sus Interventorías entre el año 2007 y los inicios del 2013 nos excusan de hacer mayor análisis sobre la inocultable falta de cumplir con los deberes de vigilancia y control que ataban a una y otras.

“Pregona la Cláusula Tercera de la Modificación No. 1 al reglar las obligaciones a cargo de la Agencia -antes INCO- y de las Interventorías:

‘TERCERA: OBLIGACIONES DEL INCO. - (...)

‘3.3 Directamente o por intermedio de la INTERVENTORIA, convocará los comités de gestión predial que se requieran, en los que se verificará el avance de la gestión y se adelantará el estudio de casos específicos en los que el CONCESIONARIO requiera el apoyo del INCO.

‘3.4 Adicionalmente ejercerá el debido control y vigilancia a la gestión predial adelantada por el CONCESIONARIO mediante visitas de campo, así como mediante la solicitud de las verificaciones documentales a que haya

⁵⁶ Tribunal Arbitral de Integra de Colombia S.A.S. y Otros Vs. Agencia Nacional de Infraestructura-ANI de 29 de marzo de 2019.

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

lugar para establecer la concordancia de las fichas prediales, fichas sociales, avalúos y en general de los documentos elaborados y reportados para pago a la subcuenta de predios. (...)

‘3.6 En general, es responsabilidad del INCO el cumplimiento de las obligaciones que en materia de adquisición predial establece la cláusula 34 del contrato de concesión No. 007 de 2007, en todo aquello que no contradiga lo dispuesto por las partes en el presente documento de complementación y modificación. (...)’

• **LO PROBADAMENTE SUCEDIDO EN PUNTO AL FUNCIONAMIENTO DE LOS COMITÉS PREDIALES. (7)**

“La masa oculta del iceberg se representa en que, durante once años, pese a que era su obligación, ni la Agencia ni las Interventorías de turno convocaron a los Comités Prediales que tan solo se vinieron a instaurar luego de que la totalidad de los predios (403) requeridos para la ejecución del Alcance Básico del Contrato 007 ya se habían adquirido. Lo sucedido no acepta una sola palabra más si lo mismo se confronta con la Cláusula Tercera del Modificadorio No. 1 al Contrato de Concesión 007 de 2007 que impone:

‘OBLIGACIONES DEL INCO. - (...)

‘3.3 Directamente o por intermedio de la INTERVENTORIA, convocará los comités de gestión predial que se requieran, en los que se verificará el avance de la gestión y se adelantará el estudio de casos específicos en los que el CONCESIONARIO requiera el apoyo del INCO.’

“Solo a guisa de ilustración debe decirse que los Comités Prediales convocados durante el año 2017 y los regularmente citados a partir del año 2018 tuvieron como foco de atención no lo sucedido en relación con el Alcance Básico sino con la ejecución del Otrosí No. 10 que añadió al Contrato de Concesión No. 007 de 2007 la Segunda Calzada del Tramo 2 (Gualanday – Chicoral); resaltando que, cuando se trabaja de consuno y cada Parte observando y cumpliendo sus sendos débitos obligacionales las cosas marchan bien; pero cuando se actúa al garete por alguna de las Partes el resultado no es cabal.”

4.4.4 La Oposición de la ANI.

Por su parte el Apoderado de la Agencia Nacional de Infraestructura se opuso a todas y cada una de estas pretensiones, entre otras, por las siguientes razones:

Sostiene que *“desde mucho antes del mes de enero de 2013, la Interventoría de la época remitió comunicaciones a la concesionaria San Rafael, solicitando entrega de carpetas prediales, informando inconsistencias identificadas en la gestión predial adelantada y/o faltantes de información en las carpetas prediales entregadas para revisión por parte de la Interventoría, al igual que información asociada a la subcuenta predial”,* para lo cual relaciona las siguientes 3 comunicaciones de la Interventoría Interconcesiones: 1) C1082/GC0025/12/7.4.1 del 21/11/2012 mediante la cual se le solicitó las carpetas prediales para dar inicio al proceso de revisión por parte de la Interventoría; 2) C1082/GC0030/12/7.4.1 del 26/11/2012, con la cual se solicitó insumos prediales del Tramo 5; y, 3) la C1082/GC0133/13/7.4.124/01/2013 con la cual se reitera la solicitud de información indicada en la comunicación C1082/GC0030/12/7.4.1.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)**

Señaló que *“existen múltiples comunicaciones que demuestran que la gestión predial adelantada por la Concesionario San Rafael, antes del 23 de enero de 2013 e incluso a la fecha, no se encontraba ni encuentra ajustada a las obligaciones contractuales y legales aplicables, por cuanto se han evidenciado faltas en el procedimiento, la correcta identificación de los predios de forma total o parcial necesarios para la construcción del Proyecto, ausencia de informes técnicos, conceptos de no desarrollabilidad...”*, por lo que considera que *“con esas comunicaciones se demuestra el incumplimiento del Concesionario de sus obligaciones contractuales, entre otras, la contenida en la cláusula 34 del Contrato de Concesión.”*

Por lo pactado en el Modificadorio No. 1 del contrato de concesión, arguye que la concesionaria San Rafael está obligada a la entrega de la totalidad de documentos soportes para la adquisición predial, y además, para aquellos casos donde se requirieran áreas en exceso o adicionales se debe contar con la aprobación de la Interventoría o en su defecto del Comité Predial, por lo cual considera que si esta aprobación no constaba en el acta de comité predial o si no hacía parte de la carpeta predial el certificado de no desarrollabilidad o informe técnico debidamente aprobado por la Interventoría, es por lo que no puede considerarse que las áreas fueron adquiridas correctamente y entenderse como ajustada la compra a las exigencias contractuales.

Señala que la Concesionaria San Rafael adquirió áreas sobrantes o en exceso no necesarias para la ejecución del proyecto y/o no justificadas técnicamente o sin concepto de desarrollabilidad, *“extralimitándose en sus obligaciones contractuales, como es el caso, entre otros, de los predios CGIC-1-044, CGIC-1-062, CGIC-1-064; CGIC-2- 300, CGIC-6-167 y afirma que la Concesionaria no siguió los procedimientos establecidos en las obligaciones contractuales, al no solicitar aprobación para algunas adquisiciones, como lo indica el Contrato de Concesión No. 007 de 2007 y su Modificadorio No.1 ”.* (Subrayado fuera de texto)

Afirma que, conforme al contrato, es posible adquirir las áreas adicionales que por razones técnicas y aquellas que tampoco siendo necesarias para el trazado de la vía *“ostentasen la condición de remanentes no desarrollables”*, pero que para esta adquisición se debe seguir el procedimiento contractualmente establecido y cumplir con los requisitos que en él se establecen.

Así que para *las áreas remanentes con justificación técnica (desarrollables o no)* los insumos son de entera responsabilidad del Concesionario y que estas áreas debían y deben estar identificadas desde la Etapa de Estudios y Diseños de detalle en los insumos Tira Predial y Diseño Geométrico, así como en los Planos Record. Así mismo aportar el correspondiente Informe Técnico aprobado por la Interventoría o Comité Predial, el cual debe reposar en el correspondiente expediente predial.

De otra parte, señala que *para las áreas remanentes no desarrollables* es responsabilidad del Concesionario aportar los Documento soporte de su NO desarrollabilidad, expedido por la Oficina de Planeación Municipal correspondiente y solicitar la correspondiente aprobación por parte de la Interventoría.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)**

Por su parte y frente a la adquisición predial realizada por la Concesionaria San Rafael a nombre de la ANI, señala que “es responsabilidad de la Interventoría realizar la verificación en las carpetas prediales de la correcta adquisición de estas áreas de terreno, para lo cual cuenta con el formato GCSP-F-046 - Lista de Chequeo Expedientes Prediales”, el cual es la hoja de ruta de los documentos requeridos para la entrega a la ANI y cierre predial correspondiente.

En este formato, que para el capítulo de insumo ficha y plano predial, deben anexar si así se requiere:

- Certificado de cabida y linderos (cuando aplique)
- Certificado de No desarrollabilidad (cuando aplique)
- Certificado de Ronda Hídrica (cuando aplique)
- Informe Técnico (Aplica cuando existe diferencia de áreas IGAC vs Registral, presencia de servidumbres, aclaraciones especiales) - Cuando aplique

Por lo que advierte que de no contar la carpeta predial con los documentos soportes de la adquisición predial, *“esta no podrá darse por aprobada hasta que la Concesionaria San Rafael subsane la información faltante y en los casos donde la información aportada no justifique la adquisición predial, se realice el correspondiente reintegro de las mayores áreas adquiridas”*, al tiempo que insiste que la Concesionaria San Rafael no siguió los procedimientos establecidos en el Contrato de Concesión No. 007 de 2007 y su Modificadorio No.1, al no contar con la documentación requerida y aprobaciones correspondientes previas a la adquisición de áreas remanentes o en exceso a las requeridas para la construcción del proyecto, como ya se ha expuesto anteriormente.

Por lo anterior, señala que al no contar con los soportes documentales ni con las correspondientes aprobaciones para la adquisición de estas áreas adicionales, es por lo que no pueden declararse como remantes o adicionales con justificación técnica, por lo tanto, la CONCESIONARIA SAN RAFAEL, NO tenía autorización para disponer de recursos de la Subcuenta Predial para realizar estas adquisiciones y por ende, está en la obligación de reintegrar los mayores valores pagados a esta Subcuenta Predial correspondientes a las áreas adquiridas en exceso. Además, al decir del Contrato de Concesión en la Cláusula 34, *“los errores en la identificación de predios, y los pagos adicionales que se realicen son responsabilidad exclusiva de la Concesión y los valores adicionales pagados deben ser reintegrados a la subcuenta predial”*, con fundamento en lo pactado en la cláusula segunda de la Modificación No. 1 del Contrato de Concesión.

La Convocada señala que como se observa en una imagen de Sábana Predial entregada por la CONCESIONARIA SAN RAFAEL correspondiente al mes de noviembre de 2019, existe un campo denominado “Área Remanente (m2)”, el cual corresponde a la diferencia entre el campo denominado: “ÁREA TOTAL DEL PREDIO” menos el campo denominado: “ÁREA TERRENO REQUERIDA”; sin embargo, la casilla denominada como “ÁREA TERRENO REQUERIDA”, en realidad corresponde es al área de terreno adquirida, por lo cual, es imposible determinar de la sábana predial, la existencia de áreas en exceso, remanentes o adicionales por razones técnicas. Precisamente, dice, la controversia

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

generada y los reproches presentados de manera reiterada a la gestión predial del Concesionario está en las diferencias que existen entre las ÁREAS ADQUIRIDAS y lo que realmente deben ser las ÁREAS DE TERRENO REQUERIDAS para el Proyecto, que deben contar con los correspondientes soportes de justificación de adquisición.

Es así, que el área de terreno requerida, no detalla, ni identifica, para quien revisa la Sábana Predial, el área por diseño geométrico, el área remanente no desarrollable, o al área requerida por aspectos técnicos, entre otras particularidades, lo cual nos fuerza a concluir, dice, que por la naturaleza del Contrato de Concesión, la firma Concesionaria, está obligada a realizar las actividades de gestión predial apegado a la ley, a las estipulaciones contractuales y normas vigentes, bajo los estrictos estándares de responsabilidad y ética, que se exige de un colaborador del estado para este tipo de contratos.

Para determinar si se adquirió mayor área y si esta mayor área es remanente o en exceso se requiere un análisis integral del expediente o carpeta predial el cual comprende: Plano y Ficha Predial, Estudio de títulos, Certificado de uso del suelo, Certificado de no desarrollabilidad, Escritura Pública, Avalúo, entre otros y, la información que reposa en los expedientes o carpetas prediales se encuentra incompleta.

Por lo tanto, la ANI concluye que, a la fecha, la adquisición predial no ha finalizado, por lo cual es obligación de la Interventoría solicitar la documentación completa que soporte de la adquisición realizada para poder dar cierre a la gestión predial.

De otra parte, en la contestación de la demanda, el Apoderado de la Convocada **propuso como excepción que “EL CONCESIONARIO HA INCUMPLIDO SUS OBLIGACIONES PEDIALES RELACIONADAS CON LA ADQUISICIÓN DE PEDIOS POR RAZONES TÉCNICAS O POR SU NATURALEZA DE REMANENTES, EXCEDIENDO SUS FACULTADES CONTRACTUALES Y CONTRAVINIENDO EL TEXTO DEL CONTRATO.”**

La ANI fundamentó esta excepción señalando que:

Desde mucho antes del mes de enero de 2013, la Interventoría de la época remitió comunicaciones a la CONCESIONARIA SAN RAFAEL, solicitando entrega de carpetas prediales, informando inconsistencias identificadas en la gestión predial adelantada y/o faltantes de información en las carpetas prediales entregadas para revisión por parte de la Interventoría, al igual que información asociada a la subcuenta predial.

Existen múltiples comunicaciones que demuestran que la gestión predial adelantada por la CONCESIONARIA SAN RAFAEL, antes del 23 de enero de 2013 e incluso a la fecha, no se encontraba ni encuentra ajustada a las obligaciones contractuales y legales aplicables, por cuanto se han evidenciado faltas en el procedimiento, la correcta identificación de los predios de forma total o parcial necesarios para la construcción del Proyecto, ausencia de informes técnicos, conceptos de no desarrollabilidad, entre otros. Con esas comunicaciones se demuestra el incumplimiento del Concesionario de sus obligaciones contractuales, entre otras, la contenida en la cláusula 34 del Contrato de Concesión.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)**

La CONCESIONARIA SAN RAFAEL adquirió áreas sobrantes o en exceso NO necesarias para la ejecución del proyecto y/o no justificadas técnicamente o si concepto de desarrollabilidad, extralimitándose en sus obligaciones contractuales, como es el caso, entre otros, de los predios CGIC-1-044, CGIC-1-062, CGIC-1-064; CGIC-2-300, CGIC-6-167.

La Concesionaria San Rafael no siguió los procedimientos establecidos en las obligaciones contractuales, al no solicitar aprobación para algunas adquisiciones, como bien lo indica el Contrato de Concesión No. 007 de 2007 y su Modificadorio No.1.

Si bien es cierto que, conforme al contrato, es posible adquirir las áreas adicionales que por razones técnicas y aquellas que tampoco siendo necesarias para el trazado de la vía ostentasen la condición de remanentes no desarrollables, para esta adquisición se debe seguir el procedimiento contractualmente establecido y cumplir con los requisitos contractualmente exigidos, cosa que no hizo el concesionario San Rafael.

La CONCESIONARIA SAN RAFAEL no siguió los procedimientos establecidos en el Contrato de Concesión No. 007 de 2007 y su Modificadorio No.1, al no contar con la documentación requerida y aprobaciones correspondientes previas a la adquisición de áreas remanentes o en exceso a las requeridas para la construcción del proyecto, como ya se ha expuesto anteriormente.

Al no contar con los soportes documentales ni con las correspondientes aprobaciones para la adquisición de estas áreas adicionales, no pueden declararse como remanentes o adicionales con justificación técnica, por lo tanto, la CONCESIONARIA SAN RAFAEL, NO tenía autorización para disponer de recursos de la Subcuenta Predial para realizar estas adquisiciones y por ende, está en la obligación de reintegrar los mayores valores pagados desde la Subcuenta Predial correspondientes a las áreas adquiridas en exceso.

Tal como lo señala el Contrato de Concesión en la Cláusula 34, los errores en la identificación de predios, y los pagos adicionales por la compra de terrenos por razones técnicas o por su naturaleza de remanentes que no cumplan con las condiciones del contrato y que se realicen son responsabilidad exclusiva de la Concesión, por lo que dichos valores adicionales pagados deben ser reintegrados a la subcuenta de predios del Patrimonio Autónomo, con fundamento además, en lo pactado en la cláusula segunda de la Modificación No. 1 del Contrato de Concesión.

En consecuencia, la Parte Convocada solicitó declarar la procedencia de tal excepción y denegar las pretensiones de la demanda.

4.4.4.1 Los fundamentos de la oposición de la ANI.

Tales fundamentos fueron expuestos con mayor rigor en los alegatos de conclusión y con el apoyo de los medios de prueba decretados y practicados en el proceso arbitral. En ellos se afirmó que en cuanto a la improcedencia de las pretensiones concernientes a las áreas remanentes o adquiridas por razones técnicas lo siguiente:

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

El Apoderado de la ANI señaló que quedó probado en el expediente que desde mucho antes del mes de enero de 2013, la Interventoría de la época remitió comunicaciones a la CONCESIONARIA SAN RAFAEL, solicitando entrega de carpetas prediales, informando inconsistencias identificadas en la gestión predial adelantada y/o faltantes de información en las carpetas prediales entregadas para revisión por parte de la Interventoría, al igual que información asociada a la subcuenta predial.

Para soportar lo anterior, relaciona las siguientes comunicaciones que dice fueron enviadas por la Interventoría Interconcesiones antes del 23 de enero de 2013, con las cuales se le solicita al Contratista las carpetas prediales para dar inicio al proceso de revisión, insumos prediales (caso del Tramo 5) y se le reitera la información: C1082/GC0025/12/7.4.1 del 21 de noviembre de 2012, C1082/GC0030/12/7.4.1 del 26 de noviembre de 2012 y la C.1082/GC0133/13/7.4.1. del 24 de enero de 2013.

Considera que existen múltiples comunicaciones que demuestran que la gestión predial adelantada por la CONCESIONARIA SAN RAFAEL, antes del 23 de enero de 2013 e incluso al momento de la contestación de la reforma de la demanda de este proceso, no se encontraba ni encuentra ajustada a las obligaciones contractuales y legales aplicables, porque a su juicio, ha evidenciado faltas en el procedimiento, al tiempo que la incorrecta identificación de los predios, ausencia de informes técnicos, conceptos de no desarrollabilidad⁵⁷ entre otros. Por lo que concluye *“Con esas comunicaciones se demuestra el incumplimiento del Concesionario de sus obligaciones contractuales, entre otras, la contenida en la cláusula 34 del Contrato de Concesión”*.

Agrega que conforme a lo pactado en el Modificadorio No. 1 del Contrato de Concesión, la CONCESIONARIA SAN RAFAEL estaba obligada a la entrega de la totalidad de documentos soporte para la adquisición predial y, además, para aquellos casos donde se requirieran áreas en exceso o adicionales se debe contar con la aprobación de la Interventoría o en su defecto del Comité predial. Por lo cual sostiene que, si esta aprobación no consta en el acta de comité predial o hace parte de la carpeta predial como certificado de no desarrollabilidad o informe técnico debidamente aprobado por la Interventoría, *“no puede considerarse que las áreas fueron adquiridas correctamente y entenderse como ajustada la compra a las exigencias contractuales”*.

Arguye que en el expediente consta que la CONCESIONARIA SAN RAFAEL adquirió áreas sobrantes o en exceso NO necesarias para la ejecución del proyecto y/o no justificadas técnicamente o sin concepto de desarrollabilidad, extralimitándose en sus obligaciones contractuales, y a manera de ejemplo, pone de presente los siguientes predios CGIC-1-044, CGIC-1-062, CGIC-1-064; CGIC-2-300, CGIC-6-167.

Insiste en que la CONCESIONARIA SAN RAFAEL no siguió los procedimientos establecidos en las obligaciones contractuales y tal y como sostuvo en la contestación de la demanda, señala que si bien es cierto que, conforme al contrato, era posible adquirir las

⁵⁷ Al respecto ver los testimonios de:

- DIANA GUTIÉRREZ DE PIÑERES del 20 de agosto de 2020, p. 31 y 31 de la transcripción.
- PAULA PIÑEROS de fecha 19 de agosto de 2020, pp. 55 y 56 de la transcripción.
- CHRISTIAN CAMILO ESCOBAR de fecha 21 de agosto de 2020, p. 72 de la transcripción.

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

áreas adicionales que por razones técnicas y aquellas que tampoco siendo necesarias para el trazado de la vía ostentasen la condición de remanentes no desarrollables, esta adquisición debía seguir el procedimiento contractualmente establecido y cumplir con los requisitos que en el acápite de hechos *supra* se han anotado .

Por lo que itera que de no contar la carpeta predial con los documentos soportes de la adquisición predial, *“esta no podía darse por aprobada hasta que la Concesionaria San Rafael subsanara la información faltante y en los casos donde la información aportada no justifique la adquisición predial, se realice el correspondiente reintegro de las mayores áreas adquiridas”*. Por lo que considera que quedó demostrado en el expediente, *“que existen multiplicidad de carpetas prediales presentadas por el Concesionario que no contaban con la totalidad de los documentos de soporte, por lo que no han sido aprobadas”*.

Al no contar con los soportes documentales ni con las correspondientes aprobaciones para la adquisición de estas áreas adicionales, como quedó en evidencia dentro del proceso, no pueden declararse como remanentes o adicionales con justificación técnica, por lo tanto, la CONCESIONARIA SAN RAFAEL, NO tenía autorización para disponer de recursos de la Subcuenta Predial para realizar estas adquisiciones y por ende, está en la obligación de reintegrar los mayores valores pagados desde la Subcuenta Predial correspondientes a las áreas adquiridas en exceso. Agrega que ello tal y como lo señala el Contrato de Concesión en la Cláusula 34.

Concluye reiterando que es claro que a la fecha la adquisición predial no ha finalizado, por lo cual es obligación de la Interventoría solicitar la documentación completa que soporte de la adquisición realizada para poder dar cierre a la gestión predial.

4.4.5 El Concepto del Ministerio Público.

El Señor Procurador 135 Judicial II para Asuntos Administrativos de Bogotá en su concepto y en relación con esta pretensión la resume de la siguiente manera:

[...] la gestión predial adelantada por la CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A. en el periodo comprendido entre el 21 de diciembre de 2007, fecha de inicio de ejecución del Proyecto, y el 23 de enero de 2013, fecha de la primera comunicación extendida por la Interventoría, debía entenderse como ajustada al contrato, por lo tanto, no está obligada a reintegrar a la Subcuenta Predios del Patrimonio Autónomo los dineros invertidos en la compra de terrenos por razones técnicas o por su naturaleza de remanentes resultantes de la afectación generada por la construcción de las vías que integran el Proyecto de Concesión Vial Ibagué Girardot Cajamarca.

Que la demandada señala que conforme a lo pactado en el Modificadorio No. 1 del contrato de concesión, la CONCESIONARIA SAN RAFAEL estaba obligada a la entrega de la totalidad de documentos soportes para la adquisición predial, y además, para aquellos casos donde se requirieran áreas en exceso o adicionales se debía contar con la aprobación de la Interventoría o en su defecto del Comité predial, por lo que estima que *“el Consorcio San Rafael adquirió áreas sobrantes o en exceso no necesarias para la ejecución del proyecto y/o no justificadas técnicamente”* o sin el concepto de desarrollable, *“extralimitándose en sus obligaciones contractuales”*.

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

El agente del Ministerio Público refiere a la Cláusula 34 y al Modificadorio No.1 de fecha 24 de abril de 2008, ambos del Contrato de Concesión, pero que las diferencias o el problema consiste en determinar si las adquisiciones de los predios adquiridos antes de la primera observación de la Interventoría, esto es entre los años 2007 y 2013, deben entenderse como ajustadas a derecho.

Es así que nos remite en una primer orden a la **Cláusula 34 de Contrato sobre ADQUISICIÓN DE PREDIOS**, donde señala que estas labores estarán a cargo del Concesionario y que la misma se hará a favor del INCO (Hoy ANI), por lo cual, *“el Concesionario será el único responsable de la correcta identificación y afectación de los predios, en consecuencia será responsable de la adquisición de predios y porciones de terreno en exceso a las requeridas para el adecuado desarrollo del Proyecto, caso en el cual estos predios serán de propiedad del Concesionario”*

Agrega que, si bien la Concesionaria tenía asignada las labores de adquisición de predios, tenía también la obligación de verificar la titularidad de los propietarios, constatar sus avalúos, entre otros-, y el deber de entregar al INCO un inventario de la totalidad de predios necesarios, con la identificación de los mismos, las fichas y planos prediales, estudio de títulos, certificados de desarrollabilidad, avalúos, etc. Luego señala el numeral 7 de esta cláusula donde se estipula que el Concesionario debe informar al INCO los predios con los cuales culminó satisfactoriamente con el proceso de enajenación y allí se enlista una serie de requisitos o información que debe contener el expediente predial junto con los antecedentes de cada negociación.

Posteriormente remite al **Modificadorio No. 1** del 24 de abril de 2008, al Contrato de Concesión No. 007 de 2007, para complementar el esquema de adquisición de predios, donde llama la atención sobre el **numeral 2.3** donde se precisa que el Concesionario presentará en todo caso a la INTERVENTORÍA las fichas y planos prediales, las fichas sociales, los avalúos comerciales y el estudio de títulos de cada uno de los predios que se requieran para la ejecución del proyecto y,

[...] En el **Parágrafo Primero** se dispone que **los mayores costos prediales** en la gestión predial que adelanta el CONCESIONARIO, **generados en errores** en la identificación del beneficiario de los pagos, **las áreas requeridas**, los valores de los predios o cualquier pago realizado en exceso que sean atribuibles únicamente al CONCESIONARIO, serán de su cargo y, en consecuencia, **éste deberá rembolsar si es el caso, a la Subcuenta Predios del fideicomiso los recursos pagados por causa de error o en exceso**. Así mismo, señala que los sobrecostos derivados, entre otras situaciones, de las áreas no requeridas serán asumidas por el CONCESIONARIO, previa verificación del hecho por parte del INCO directamente o a través de su INTERVENTORÍA.

Por lo expuesto concluye que si bien la adquisición de predios requeridos para el desarrollo de la vía era de responsabilidad del Concesionario, ello significaba que tenía responsabilidades frente a la correcta identificación y afectación de los predios, entre otros aspectos, y era tal su exigencia que según la cláusula 34 del Contrato, los predios y porciones de terreno adquiridos en exceso a las requeridas para el adecuado desarrollo del Proyecto, serán de propiedad del Concesionario y no del INCO, como debían ser los demás predios que se adquirieran.

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

Además, agrega que según el modificadorio No. 1 referido, la Concesionaria debía presentar a la INTERVENTORÍA las fichas y planos prediales, las fichas sociales, los avalúos comerciales y el estudio de títulos de cada uno de los predios que se requieran para la ejecución del proyecto.

Transcribe un aparte de la declaración rendida al Tribunal por PAULA ANDREA PIÑEROS BARRERO, ingeniera del grupo interno de trabajo Predial de la ANI, según la cual, “dentro del ejercicio del seguimiento de la gestión predial específicamente **entre el 2015 y 2017 se hizo un ejercicio en el que efectivamente se habían encontrado una cantidad de áreas remanentes que la agencia consideró que eran predios adquiridos en exceso porque no contaban con la totalidad de soportes**” (negrillas fuera de texto)

Del mismo modo de la ingeniera GUTIÉRREZ, de la Interventoría cuando responde la pregunta que la doctora MELO, del Panel Arbitral, le formula sobre si la Interventoría ya había revisado y tenía claro o identificados, cuántos predios habían sido comprados irregularmente, estos es, sin cumplir con los requisitos señalados en el artículo 34 del contrato para la adquisición de los predio, y ella contestó **“No se ha terminado de hacer la revisión de las carpetas, no se han entregado todos los expedientes por parte del concesionario, entonces no tenemos ese dato final.”** y más adelante agregó: “Creo que pueden estar alrededor de 110 predios, según una cuenta que hicimos hace poco, que tuvieran temas de áreas remanentes, son 110 predios en los que expliqué en algún momento no se ha entregado toda la información, entonces es importante como revisar que se tengan los informes técnicos, los informes de no desarrollabilidad, solo en ese momento cuando se entrega al expediente completo se puede determinar si la justificación es suficiente o no para determinar si es un área bien adquirida o no” (Y resalta).

Así mismo, ADRIANA OSORIO PINZÓN, Directora Jurídica de la CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A., al preguntársele por el apoderado de la parte Convocada si *¿Sabe usted si todas las compras realizadas en exceso cuentan con esa aprobación previa de la interventoría o del comité predial? Contesto “No tienen la aprobación de la interventoría, pues sí, hay unas, sí tienen la aprobación porque la ficha y el plano van suscrito... aprobados por la interventoría, pero en específico, o sea, le recuerdo lo que dije atrás, en específico la reclamación por adquisición de áreas remanentes se generó fue en el 2013 entonces no era posible que la interventoría tuviera aprobación pues porque no hacían los comités, ellos tenían la obligación de citar al comité, la ANI y la Interventora y pues no lo citaron”.* (negrillas fuera de texto)

Por lo expuesto, señala el Señor Agente del Ministerio Público que “el tema de la adquisición predial está concluido” pero que aún no se ha terminado de hacer la revisión de las carpetas de los predios como quiera que el Concesionario no ha entregado todos los expedientes y por lo mismo no se tiene la aprobación definitiva de la Interventoría y en ese sentido, no se puede tener una decisión final al respecto.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)**

Por todo lo expuesto, considera que “no es viable acceder a las pretensiones séptima y octava de este capítulo”, pues a su juicio “es evidente que el proceso de revisión de este tema aún no ha terminado y con los elementos de juicio obrantes en el expediente no podría decirse cuales bienes fueron bien adquiridos para que se paguen con los recursos del Proyecto o cuales de ellos fueron adquiridos en exceso y deben ser considerados como de propiedad de la Concesionaria”, como lo estipula el contrato de Concesión.

4.4.6 Los problemas jurídicos por resolver

Estudiadas las pretensiones planteadas en la demanda reformada y las excepciones de mérito propuestas en la contestación a la misma, el Tribunal deduce que los asuntos que debe dirimir para decidir este grupo de pretensiones son los siguientes: ¿Los predios adquiridos para el proyecto se ajustaron a lo establecido en la cláusula 34 y el modificadorio 1 del Contrato de Concesión 007 de 2007? ¿Qué pasa con los predios que se adquirieron en legal forma, que tienen áreas remanentes, pero en las carpetas no reposa la documentación completa que justifique la compra? ¿La falta de control y vigilancia por parte de la Interventoría y la ANI subsana las compras hechas en exceso? La ausencia de comités prediales se suple con las certificaciones de uso del suelo y/o certificaciones de no desarrollabilidad?

4.4.7 Consideraciones del Tribunal.

4.4.7.1 La regulación aplicable.

La Ley 105 de 1993.

La Ley 105 de 1993 permite la delegación de la gestión predial en los Contratos de Concesión Vial, en los siguientes términos:

“ARTICULO 34- ADQUISICIÓN DE PREDIOS. En la adquisición de predios para la construcción de obras de infraestructura de transporte, la entidad estatal concedente podrá delegar esta función, en el concesionario o en un tercero. Los predios adquiridos figurarán a nombre de la entidad pública. El máximo valor a pagar por los predios o por las mejoras, lo establecerá la entidad estatal contratante, de conformidad con las normas vigentes sobre la materia, o mediante avalúos comerciales que se harán por firmas *afiliadas a las Lonjas de Propiedad Raíz, con base en los criterios generales que determine para el efecto el Instituto Geográfico Agustín Codazzi.*”

La Ley 388 de 1997

El artículo 15 de la Ley 388 de 1997 -modificado por el artículo 1° de la Ley 902 de 2004-, señala que las normas urbanísticas regulan el uso, la ocupación y el aprovechamiento del suelo y definen la naturaleza y las consecuencias de las actuaciones urbanísticas indispensables para la administración de estos procesos.

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

De acuerdo con dicha Ley, son normas urbanísticas estructurales aquellas que aseguran la consecución de los objetivos y estrategias adoptadas en el componente general del plan y en las políticas y estrategias de mediano plazo del componente urbano. Estas incluyen, entre otras, las que clasifican y delimitan los suelos, de acuerdo con lo establecido en el Capítulo IV de dicha Ley; las que definan las características de las unidades de actuación o las que establecen criterios y procedimientos para su caracterización, delimitación e incorporación posterior, incluidas las que adoptan procedimientos e instrumentos de gestión para orientar, promover y regular las actuaciones urbanísticas vinculadas a su desarrollo; las que establecen directrices para la formulación y adopción de planes parciales; las que definan las áreas de protección y conservación de los recursos naturales y paisajísticos; las que delimitan zonas de riesgo y, en general, todas las que conciernen al medio ambiente, las cuales en ningún caso, salvo en el de la revisión del plan, serán objeto de modificación.

A su vez, las normas urbanísticas generales son aquellas que permiten establecer usos e intensidad de usos del suelo, así como actuaciones, tratamientos y procedimientos de parcelación, urbanización, construcción e incorporación al desarrollo de las diferentes zonas comprendidas dentro del perímetro urbano y suelo de expansión. Por consiguiente, otorgan derechos e imponen obligaciones urbanísticas a los propietarios de terrenos y a sus constructores, conjuntamente con la especificación de los instrumentos que se emplearán para que contribuyan eficazmente a los objetivos del desarrollo urbano y a sufragar los costos que implica tal definición de derechos y obligaciones.

Por último, son normas complementarias aquellas relacionadas con las actuaciones, programas y proyectos adoptados en desarrollo de las previsiones contempladas en los componentes general y urbano del plan de ordenamiento, y que deben incorporarse al Programa de ejecución que se establece en el artículo 18 de la citada Ley, lo mismo que las decisiones sobre las acciones y actuaciones que por su propia naturaleza requieren ser ejecutadas en el corto plazo y todas las regulaciones que se expidan para operaciones urbanas específicas y casos excepcionales, de acuerdo con los parámetros, procedimientos y autorizaciones emanadas de las normas urbanísticas generales, entre las que se destacan las normas urbanísticas específicas que se expidan en desarrollo de planes parciales para unidades de actuación urbanística y para otras operaciones como macroproyectos urbanos integrales y actuaciones en áreas con tratamientos de renovación urbana o mejoramiento integral, que se aprueban de conformidad con el artículo 27 de la citada Ley.

La Resolución 609 de 2005 del INCO

Con la Resolución 609 de 2005, se definieron los Factores Sociales en el Proceso de Adquisición Predial y se establecieron los criterios para su aplicación en los proyectos de concesión a cargo del Instituto Nacional de Concesiones - INCO.⁵⁸

⁵⁸ Esta resolución fue derogada por el artículo 22 de la Resolución 545 de 2008, publicada en el Diario Oficial No. 47.206 del 17 de diciembre de 2008, "Por la cual se definen los instrumentos de gestión social aplicables a proyectos de infraestructura desarrollados por el Instituto Nacional de Concesiones y se establecen criterios".

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)**

La Ley 1228 de 2008

El artículo 2 de la Ley 1228 de 2008, determinó:

“Artículo 2°. Zonas de reserva para carreteras de la red vial nacional. Establecese las siguientes fajas de retiro obligatorio o área de reserva o de exclusión para las carreteras que forman parte de la red vial nacional:

- “1. Carreteras de primer orden sesenta (60) metros.
- “2. Carreteras de segundo orden cuarenta y cinco (45) metros.
- “3. Carreteras de tercer orden treinta (30) metros.

“Parágrafo. El metraje determinado en este artículo se tomará la mitad a cada lado del eje de la vía. En vías de doble calzada de cualquier categoría la zona de exclusión se extenderá mínimo veinte (20) metros a lado y lado de la vía que se medirán a partir del eje de cada calzada exterior.”

La Ley 1682 de 2013

El artículo 33 de la Ley 1682 de 2013 determinó lo siguiente:

“Artículo 33. Adquisición de áreas remanentes no desarrollables. En los procesos de adquisición predial para proyectos de infraestructura de transporte, las Entidades Estatales podrán adquirir de los titulares de derechos reales sobre los predios requeridos para la ejecución de proyectos de infraestructura, áreas superiores a las necesarias para dicha ejecución, en aquellos casos en que se establezca que tales áreas no son desarrollables para ningún tipo de actividad por no cumplir con los parámetros legales, esquemas o planes básicos de ordenamiento territorial o por tratarse de zonas críticas o de riesgo ambiental o social.”

Sobre esta disposición, en la Sentencia C-750 de 2015, la Corte Constitucional señaló lo siguiente:

“El artículo 33 de la Ley 1682 de 2013 otorga al Estado la posibilidad de acceder a áreas mayores de las requeridas para adelantar el proyecto de infraestructura de transporte bajo ciertos requisitos, a saber: i) recaiga sobre zonas que no sean desarrollables para ninguna actividad, debido a que incumplen requisitos legales, planes de ordenamiento territorial o se trata de terrenos en riesgo ambiental o social; ii) situación que será establecida por las autoridades competentes para indicar que predios padecen esas condiciones de no uso por parte de los privados; y iii) el respeto del procedimiento de adquisición de bienes y de expropiación judicial o administrativa.

“La Corte concluye que reconocer la facultad para adquirir áreas superiores a las necesarias para la ejecución del proyecto no quebranta los artículos 34, y 58 de la Carta Política.

“La adquisición de remanentes es una medida que respeta el derecho de propiedad, por cuanto comprende los terrenos que no pueden ser utilizados por los privados. Incluso, esa posibilidad protegería a la comunidad, como quiera que el Estado compraría o expropiaría bienes que se hallan en zonas peligro. Dicha medida es un beneficio para los ciudadanos, en razón de que obtendrán una compensación justa por un predio que no se podría utilizar para vivienda o usufructo. En consecuencia, la medida resulta un desarrollo de la función social de la propiedad en vez de su afectación. Además, la apropiación de remanentes cumple uno de los fines planteados en la Ley 1682 de 2013, objetivo que corresponde al desarrollo de las actividades

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)**

relacionadas con la construcción, mantenimiento, rehabilitación o mejora de proyectos de infraestructura.

“Adicionalmente, la opción de comprar áreas superiores a las necesarias para ejecutar los proyectos de infraestructura no constituye una confiscación, como erradamente advirtió la accionante. Lo anterior, en razón de que es una actuación reglada, puesto que las autoridades deben seguir el procedimiento de expropiación o de enajenación forzada para adelantar esa actividad. Encima, las autoridades deberán cancelar un precio o indemnización por la adquisición de dichas zonas, y en consecuencia ese resarcimiento elimina toda naturaleza confiscatoria que tiene la norma. De hecho, las autoridades urbanísticas y de ordenamiento territorial señalarán que predios pueden ser objeto de esa adquisición. Se recuerda que la sanción proscrita por el artículo 34 de la Carta Política hace referencia a *“apoderamiento arbitrario de todos los bienes de una persona por el Estado, sin compensación alguna y bajo la apariencia de una sanción, cuando en la realidad se trata de una represalia generalmente por parte de quienes detentan el poder. La naturaleza vindicativa y política de esta figura hace que esté prohibida expresamente por la mayoría de las constituciones del mundo”*⁵⁹.

“En suma, la Sala concluye que el artículo 33 de la Ley 1682 de 2014 no quebranta los artículos 34 y 58 de la Constitución, al permitir que la administración adquiriera áreas superiores a las necesarias para ejecutar el proyecto de infraestructura, porque es una medida que: i) desarrolla la función social de la propiedad, pues el Estado adquirirá bienes que no son utilizables en beneficio de los particulares; ii) observa el presupuesto de propiedad útil; iii) atiende a razones de justicia y equidad económica en la negociación del bien; y iv) no es arbitraria, dado que se encuentra sujeta a los procedimientos de adquisición de bienes y las autoridades cancelaran al particular el precio del bien o la indemnización correspondiente.”

4.4.7.2 Lo pactado entre las Partes.

4.4.7.2.1 El Contrato de Concesión No. 007 del 13 de agosto de 2007.

En lo que se relaciona con la Gestión Predial, el Contrato de Concesión la definió en el numeral 1.36, como el conjunto de actividades tendientes a obtener, de manera oportuna, los predios requeridos para los proyectos viales. Involucra actividades de carácter técnico, legal y social, a saber: brindar información previa del proceso, elaboración de fichas y planos prediales, avalúo comercial de predios y mejoras, aplicación de la Resolución 609 de 2005, elaboración de estudio de títulos, elaboración de documentos de compraventa (oferta formal de compra, promesa de compraventa y escrituras) y entrega física del predio, hasta obtener el registro de las escrituras de compraventa a favor de la Nación - INCO. Involucra igualmente los trámites administrativos y legales relacionados con la expropiación por vía administrativa y/o judicial (a potestad del INCO), en los casos en que resulta fallido el proceso de enajenación voluntaria directa.

De conformidad con lo pactado en el inciso segundo del numeral 1.69, se considera un riesgo en la adquisición de predios la mayor afectación predial o mayor requerimiento de áreas atribuible a cualquier circunstancia en desarrollo de las actividades objeto del presente contrato.

⁵⁹ Sentencias C-176 de 1994, C-931 de 2007 y C-459 de 2011.

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

La "Subcuenta de Predios" es la que debió constituir el Concesionario en el Fideicomiso, en la cual depositó los montos que de conformidad la Cláusula 34 debía realizar para la adquisición de los predios necesarios para las Obras de Construcción, Mejoramiento y Rehabilitación. El valor de la indemnización a los titulares de derechos sobre los predios expropiados a que hubiera, declarada por autoridades judiciales, los costos judiciales de imposición de servidumbres, de los predios correspondientes al Alcance Básico, las compensaciones identificadas en la Resolución INCO 609 de 2005 a que hubiera lugar en cada proceso de adquisición predial y los costos del saneamiento del corredor vial. El pago de los honorarios de los profesionales directa o indirectamente encargados de la gestión y adquisición predial a cualquier título, así como de los profesionales contratados por el Concesionario para adelantar los procesos de expropiación de predios serían con cargo a esta subcuenta. No se incluyó en esta subcuenta el costo de la elaboración de las fichas prediales, por cuanto hacen parte de los estudios y diseños. Los rendimientos producidos por el monto depositado en la Subcuenta de Predios acrecerán la misma, sin que de los mismos se pueda deducir suma alguna por comisión fiduciaria o cualquier otro concepto.

Esta subcuenta se debe manejar de manera totalmente independiente de los demás recursos del Fideicomiso y las sumas depositadas en ella se aplicarán exclusivamente a las finalidades descritas en la Cláusula 34 del Contrato. El INCO/ANI será el beneficiario de los excedentes de la Subcuenta de Predios, la cual se liquidará al finalizar los pagos correspondientes a la adquisición de predios. La Fiduciaria enviará copia de la liquidación efectuada al INCO/ANI, a más tardar, dentro del mes siguiente a la realización del último pago a los propietarios de los predios requeridos para la ejecución de las Obras de Construcción, Mejoramiento y Rehabilitación del Proyecto. El INCO podrá solicitar las aclaraciones que considere pertinentes sobre dicho informe. Si quedaren excedentes tras la liquidación definitiva, éstos serán transferidos a la Subcuenta de Excedentes de INCO.

El término de ejecución del Contrato se estimó en diez y nueve (19) años, contados a partir de la suscripción del Acta de Inicio de Ejecución. La ejecución del Contrato se dividió en tres etapas, tal y como se describió en la Cláusula 5, a saber: i) Etapa de Preconstrucción; ii) Etapa de Construcción y Rehabilitación; y, iii) Etapa de Operación y Mantenimiento. Sin embargo, el plazo real de ejecución corresponderá al que transcurra entre la suscripción del Acta de Inicio de Ejecución y la fecha efectiva de terminación del Contrato. En ningún caso el término real de la ejecución del Contrato podrá exceder de veinticuatro (24) años contados a partir de la suscripción del Acta de Inicio de Ejecución en lo que al alcance básico se refiere, salvo en caso de suspensión total del Contrato de conformidad con la CLAUSULA 9, o salvo por retardos ocasionados por incumplimientos de las obligaciones a cargo del INCO, casos en los cuales este término se amplía por término igual al de la suspensión o el incumplimiento, según el caso.

De conformidad con lo previsto en el numeral 6.3. Adquisición de Predios, de la Cláusula 6 del Contrato de Concesión, el Concesionario “deberá realizar los estudios, entregar la información y adelantar todos los trámites necesarios, incluyendo, pero sin limitarse a los señalados en la CLAUSULA 34 de este Contrato para la adquisición de los predios que sean requeridos para las Obras de Construcción, Mejoramiento y Rehabilitación en todos los Trayectos del Proyecto, de conformidad con lo señalado en la citada cláusula. Lo anterior aplica para todos los Trayectos del Proyecto.” Los predios adquiridos y disponibles

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

debían conformar tramos que permitieran la viabilidad y continuidad de las obras. La suscripción de los contratos de promesa de compraventa y/o los contratos de compraventa para todos los predios de las Obras de Construcción, Mejoramiento y Rehabilitación, en caso de enajenación voluntaria, o -en su defecto y respecto de aquellos predios que no hubiera sido posible su enajenación voluntaria- la obtención del registro de la decisión de la expropiación por vía administrativa, y/o judicial (decisión que era potestad del INCO/ANI), según lo previsto en la Ley 388 de 1997 o las normas que lo modifiquen, aclaren, subroguen o adicionen, fue requisito necesario para la firma del Acta de Iniciación de la Etapa de Construcción. La mora injustificada en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del Concesionario relacionadas con la adquisición de predios, causaría la disminución en la remuneración del Concesionario prevista en el numeral 26.1.7 de la Cláusula 26.

De conformidad con lo pactado en la Cláusula 7, en la Etapa de Construcción y de Rehabilitación, el Concesionario podría continuar y finalizar las gestiones de adquisición de predios, que no concluyeron en la Etapa de Preconstrucción, o de las expropiaciones a que hubiera lugar, con anterioridad al inicio de las obras de construcción y mejoramiento.

En el numeral 10.15. de la Cláusula 10, se pactó como obligación a cargo del Concesionario, adelantar las actividades tendientes a la adquisición de predios, mejoras y a la gestión predial necesaria para desarrollar las Obras de Construcción, Mejoramiento y Rehabilitación en los términos de la Cláusula 34 del Contrato. Así mismo, es obligación del Concesionario desde el inicio del proyecto adelantar todas las acciones relativas a la vigilancia y control del corredor vial para evitar que se presenten invasiones con posterioridad al recibo de los trayectos y adelantar las acciones policivas de restitución de bienes de uso público pertinentes. Igualmente, el concesionario, previo inventario que deberá elaborar conjuntamente con la Interventoría, procederá a sanear el corredor vial invadido con anterioridad a la entrega y recibo del mismo.

En la Cláusula 34, de pactaron las actividades a cargo del Concesionario para la adquisición de predios en los siguientes términos:

“CLÁUSULA 34 ADQUISICIÓN DE PREDIOS

“Las labores de adquisición de los predios y/o mejoras requeridos para la ejecución de las Obras de Construcción, Mejoramiento y Rehabilitación, serán adelantadas por el Concesionario, incluidos los predios y/o mejoras necesarios para la ejecución del alcance progresivo del proyecto si el INCO decide llevar a cabo dichas obras con el concesionario, atendiendo en un todo la distribución de obligaciones y responsabilidades que en la presente cláusula se establecen, de conformidad con las Leyes 9 de 1989 y 388 de 1997 y sus decretos reglamentarios y demás normas concordantes y vigentes en la materia. La adquisición de predios para las Obras de Construcción, Mejoramiento y Rehabilitación se realizará a favor del INCO y atendiendo el cumplimiento de oportunidad en la entrega de los tramos construidos, acorde a los plazos señalados en la cláusula 7 y bajo el criterio de continuidad de terreno para el desarrollo de las obras.

“34.1. El concesionario deberá depositar en la Subcuenta de Predios, de acuerdo con lo establecido en el literal a) del numeral 6.2.1 del presente contrato, los recursos necesarios para la adquisición de los predios requeridos para la óptima ejecución del alcance básico del proyecto, incluido el valor de la indemnización a los titulares de los derechos sobre los predios expropiados a que haya lugar, la constitución de

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)**

servidumbres relativas a este mismo alcance, la aplicación de la resolución INCO 609 de 2005 y el pago de compensaciones sociales por adquisición predial y demás asuntos contemplados en la definición de la Subcuenta de Predios.

“34.2. En el evento en que el valor necesario para la compra de predios y/o mejoras correspondientes a los alcances del proyecto -teniendo en cuenta la forma de pago a los propietarios- exceda el valor de los recursos que están y/o estarán disponibles en la Subcuenta de Predios, este diferencial será cubierto hasta el monto señalado en el numeral 34.3 por los aportes del concesionario. Si dicho diferencial fuese superior al monto señalado, el INCO podrá comprometerse a pagar la diferencia con cargo a los recursos disponibles en la Subcuenta de Excedentes de INCO y en caso de no contar con recursos suficientes disponibles en dicha subcuenta, con cargo a las apropiaciones presupuestales con las que cuente y que sean necesarias para pagar el exceso, teniendo en cuenta la forma de pago a los propietarios establecida en el inventario de predios aprobado por el INCO.

“34.3 Para el fin establecido en el numeral anterior, el concesionario cubrirá hasta un exceso equivalente al treinta por ciento (30%) del valor señalado en el numeral 34.1, en los momentos en que corresponda de acuerdo con la forma de pago a los propietarios establecida en el inventario de predios aprobado por la interventoría y/o el INCO. Los valores adicionales (de persistir el déficit) serán aportados por el Concesionario y reembolsados por el INCO con cargo a la subcuenta de excedentes. De no ser suficientes los recursos disponibles en dicha subcuenta, el reembolso de este último aporte se producirá en un plazo no mayor a dieciocho (18) meses contados desde la fecha en que se cubra el último déficit. El INCO reconocerá intereses al Concesionario sobre el monto a reembolsar a una tasa de DTF más siete puntos porcentuales (7%). En caso de mora en el pago, el INCO reconocerá intereses moratorios de conformidad con lo señalado en la CLAUSULA 63 de este Contrato. En caso de que el faltante para predios sea superior a la suma señalada en el presente numeral el Concesionario deberá aportar la suma antes señalada y el INCO deberá conseguir en un plazo máximo de dieciocho (18) meses la suma faltante. Si vencido este plazo INCO no aporta el faltante, el Concesionario podrá solicitar la terminación anticipada del Contrato.

“PARÁGRAFO. Los mayores costos prediales generados por nuevos requerimientos prediales resultado de cambios del diseño definitivo, así como cualquier error en la identificación del beneficiario de los pagos o cualquier pago realizado en exceso serán atribuidos al Concesionario y en consecuencia éste deberá reembolsar a la Subcuenta de Predios, los recursos pagados por error o en exceso.

“Los costos derivados de deficiencias en el levantamiento de la información o en la aplicación de la Resolución 609 de 2005 y el pago de compensaciones sociales por adquisición predial, elaboración de las fichas prediales, los avalúos comerciales y las promesas de compraventa y escrituras, serán asumidos por el concesionario.

“El Concesionario mantendrá indemne al INCO por cualquier reclamación o acción de terceros con ocasión de la gestión predial que asume, en especial en lo que tiene que ver con el estudio de títulos, valoración de terrenos y construcciones, pago de los predios y el correcto manejo de los recursos que se destinen para el efecto. Esta indemnidad incluye las reclamaciones o demandas que se interpongan contra el INCO, durante todo el período de la concesión por hechos u omisiones del Concesionario en su gestión predial a partir de la fecha de suscripción del Acta de Inicio de Ejecución.

“Así mismo, cualquier error en la identificación del beneficiario, de las áreas requeridas, de los pagos o cualquier pago realizado en exceso, será atribuido al Concesionario y en consecuencia éste deberá rembolsar a la Subcuenta de Predios, los recursos

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)**

pagados por error o en exceso; además, el CONCESIONARIO, se compromete a brindar la información que el INCO le solicite con relación a la gestión predial que se adelante.

“De conformidad con el cronograma de gestión predial que establezca el Concesionario, deberá entregar al INCO un inventario de la totalidad de los predios necesarios para la ejecución de las Obras de Construcción y Mejoramiento del Proyecto, debidamente individualizados. Dicho inventario contendrá, por lo menos, lo siguiente:

- La identificación precisa y georeferenciada de conformidad con el sistema de georeferenciación del INVIAS de todos y cada uno de los predios requeridos para las Obras de Construcción y Mejoramiento del Proyecto de acuerdo con el corredor identificado en las Especificaciones Técnicas de Construcción, Mejoramiento y Rehabilitación.
- Las fichas y planos prediales para todos y cada uno de los predios requeridos para las Obras de Construcción y Mejoramiento del Proyecto, las cuales deberán ser elaboradas conforme a los formatos que suministrará el INCO.
- Un estudio de títulos de todos y cada uno de los predios requeridos.
- La cédula catastral de todos y cada uno de los predios requeridos.
- La certificación de desarrollabilidad del predio emitida por la Oficina de Planeación Municipal, en el caso de adquisiciones parciales.
- El avalúo de los predios y/o mejoras que sean requeridos para las Obras de Construcción y Mejoramiento del Proyecto. En aplicación de lo previsto en el artículo 34 de la Ley 105 de 1993, el Concesionario contratará -a su propio costo- la realización de este avalúo con una firma habilitada para estos efectos de acuerdo con el Decreto 1420 de 1998 y demás normas que lo modifiquen, adicionen o subroguen. La firma avaluadora será escogida por el Concesionario siguiendo el principio de selección objetiva para lo cual deberá solicitar propuesta en igualdad de condiciones- sobre firmas avaluadoras que cumplan con las condiciones establecidas en el Decreto 1420 de 1998.
- Presentar la información social en los formatos definidos por el INCO para la aplicación de la Resolución 609 de 2005.
- El valor discriminado y totalizado de todos y cada uno de los predios requeridos para las Obras de Construcción, Rehabilitación y Mejoramiento del Proyecto incluido el valor de las compensaciones sociales por adquisición predial. La propuesta de forma de pago a los propietarios deberá respetar lo previsto en el artículo 67 de la Ley 388 de 1997 o las normas que lo modifiquen, aclaren, sustituyan, subroguen o adicionen.
- El Certificado de uso del suelo expedido por la Oficina de Planeación Municipal respectiva, para todos y cada uno de los Predios requeridos.
- El cronograma para desarrollar la gestión predial, en concordancia con el Cronograma de Obras propuesto por el Concesionario.

“A partir de la presentación del inventario predial, el Concesionario podrá iniciar labores de enajenación voluntaria para la adquisición de los predios requeridos.

“En todo caso, el Concesionario será el único responsable de la correcta identificación y afectación de los predios, en consecuencia, será responsable de la adquisición de

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

predios o porciones de terreno en exceso a las requeridas para el adecuado desarrollo del Proyecto, caso en el cual estos predios serán de propiedad del Concesionario.

“El Concesionario deberá adelantar la gestión predial necesaria para la adquisición de la totalidad de los predios y/o mejoras requeridas para la ejecución de los Alcances del proyecto, de acuerdo a las metas de cumplimiento obligatorio correspondientes a las entregas parciales establecidas en la Cláusula 7, siguiendo el procedimiento que se indica en esta CLÁUSULA. Si tuviere dificultades y requiriere del trámite legal para realizar la expropiación de predios, deberá informar oportunamente al INCO; con esta información deberá entregar debidamente preparados todos los documentos legales que deba firmar el director del INCO o cualquier autoridad del Instituto, para efectos de iniciar y tramitar el proceso de expropiación por vía judicial y dentro del plazo previsto por la Ley.

“El Concesionario será el responsable de elaborar todos los documentos y adelantar los trámites necesarios para llevar a cabo los procesos de enajenación voluntaria y de expropiación, así como de contratar los profesionales requeridos para el efecto, hasta el momento en que el respectivo Juzgado efectúe la entrega anticipada del predio, en el caso de las expropiaciones.

“El INCO será responsable de suscribir las ofertas formales de compra, promesas de compraventa, escrituras de compraventa de los predios y/o mejoras y de suscribir los documentos preparados por el Concesionario para adelantar los procesos de expropiación que sean del caso. Así mismo, en desarrollo de sus funciones, adelantará la supervisión, seguimiento y control del proceso de gestión predial y efectuará control de calidad a los documentos enviados al INCO para firma.

“En desarrollo de los alcances del contrato, el Concesionario deberá adelantar el siguiente procedimiento:

“1. Una vez se vayan definiendo los diseños detallados y definitivos del proyecto, el Concesionario deberá contratar la elaboración o realizar directamente y obtener las fichas prediales para cada uno de los predios requeridos para la realización de las obras comprendidas en el Alcance Básico. Se entenderá que hace falta una ficha predial cuando con respecto a un predio la misma no exista. En caso de que exista ficha predial y esta se encuentre desactualizada o sea necesario modificarla, se entenderá que el Concesionario debe realizar una actualización o modificación de la misma. Con el fin de que la información que contengan las fichas prediales corresponda a la realidad actualizada de cada inmueble, es responsabilidad del Concesionario adelantar la verificación, actualización y validación de la información técnica, física, socio-económica y jurídica de todas y cada una de la Fichas Prediales de los predios requeridos para la realización de las obras comprendidas en el Alcance Básico, a fin de garantizar seguridad a la entidad y a los funcionarios responsables de la suscripción de los actos administrativos.

“2. Con base en las fichas prediales, el estudio de títulos, el certificado de uso del suelo y los documentos preparados o tramitados por el concesionario, cuyo contenido de información debe ser coherente con las regulaciones y especificaciones contenidas en los Planes de Ordenamiento Territorial y los diseños definitivos con los cuales el concesionario ejecutará las Obras de Construcción, Mejoramiento y Rehabilitación relativas al Alcance Básico, según lo previsto en la CLÁUSULA 32, este deberá contratar el avalúo comercial de los predios con la lonja de propiedad raíz regional respectiva, o firma acreditada para tal efecto, cuyo costo se cargará a la Subcuenta Principal.

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

“3. Recolectar y presentar la información social acorde con lo establecido en la resolución 609 de 2005 para el reconocimiento de los factores sociales a que hubiere lugar.

“4. Realizar el proceso de enajenación de los predios necesarios para adelantar las obras y adquirirlos de conformidad con la normatividad vigente, gestión que el concesionario deberá desarrollar asegurando la disponibilidad de los predios a fin de cumplir con el cronograma de obras acorde a la cláusula 7 de este contrato. Las ofertas formales de compra se realizarán con base en el avalúo comercial realizado por una lonja de propiedad raíz regional, según lo indicado en el numeral (2) de esta Cláusula y la certificación de reconocimiento de factores sociales y sus debidos soportes definidos en la resolución 609 de 2005. Para tales efectos y demás trámites concernientes a la adquisición predial, el Concesionario deberá seguir el procedimiento para la enajenación voluntaria establecido en la Ley 9 de 1989 y el artículo 61 de la Ley 388 de 1997, y las demás normas aplicables o que las sustituyan o modifiquen. En todo caso el Concesionario deberá considerar y aplicar estrategias y condiciones para que aquellas negociaciones de predios que no presenten obstáculos legales concluyan eficazmente, para lo cual se apoyará en la gestión social.

“5. Para los casos de enajenación voluntaria, el Concesionario se asegurará, entre otros aspectos, que los plazos pactados previamente con los propietarios en los contratos de promesa de venta y las escrituras de venta, permitan contar con la disponibilidad física de los predios para el momento en que el Proyecto lo requiera. La entrega de los predios se efectuará mediante acta directamente suscrita por los enajenantes, el Concesionario y un representante del INCO o su delegado, copia de la cual será enviada al INCO. Dicha entrega debe efectuarse con anticipación al trámite del primer pago acordado en la promesa de compraventa o del pago total, según el acuerdo suscrito en la escritura. Se exceptúan aquellos casos en los cuales es necesario efectuar el primer pago pactado en la promesa de compraventa, para efectos de que el propietario pueda obtener una nueva vivienda o el traslado de su actividad económica, antes de desocupar el predio y hacer la entrega formal del mismo. En desarrollo de la enajenación voluntaria, será viable la entrega anticipada del predio por parte del propietario, siempre y cuando se convenga entre este y el concesionario y no se generen impactos adicionales al hogar residente o propietario. El Concesionario se hará responsable de la utilización de todos los predios adquiridos para los fines previstos en el Proyecto. Una vez recibidos se hará cargo de su cuidado, mientras se desarrolla la obra.

“6. Tanto los contratos de promesa de compraventa como las escrituras serán suscritos por el INCO, y el Concesionario deberá adelantar todas las gestiones necesarias de notariado y registro para obtener folio de matrícula inmobiliaria con la inscripción de la compraventa a favor del INCO. En todo caso, en cumplimiento de lo señalado en el artículo 34 de la Ley 105 de 1993, los predios adquiridos figurarán siempre a nombre del INCO.

“7. El concesionario deberá Informar al INCO, mediante comunicación escrita, sobre los predios con respecto a los cuales culminó satisfactoriamente el proceso de enajenación, para lo cual, reportará como mínimo la siguiente información: (a) ficha predial, (b) nombre del enajenante, (c) localización e identificación del predio, (d) área adquirida, (e) construcciones y/o mejoras adquiridas, (f) avalúo comercial del predio, (f) número de escritura y, (g) folio de matrícula inmobiliaria. A esta comunicación, el Concesionario deberá adjuntar las carpetas que contienen todos los antecedentes de cada negociación.

“8. Procesos de Expropiación: Si por razones imputables al(los) propietario(s),n el Concesionario, después de realizar todas las actividades de los numerales anteriores, no logra obtener los predios y/o mejoras requeridos para la realización de las obras

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)**

previstas en cualquier etapa del Alcance Básico del Proyecto, el Concesionario comunicará por escrito al INCO de este hecho, para iniciar el proceso de expropiación por vía judicial y/o por vía administrativa (a potestad del INCO) en los términos de la Ley 9 de 1989, la Ley 388 de 1997 y C.P.C. o las normas que las sustituyan o modifiquen. Para tal efecto, el Concesionario acompañará dicha comunicación de un informe justificado en donde se consignen las razones por las cuales la adquisición de los predios relacionados debe ser hecha a través del mecanismo de la expropiación. Si el INCO, directamente o por conducto de la INTERVENTORÍA, acepta las razones señaladas por el Concesionario, a las cuales no se podrá oponer si el Concesionario demuestra que ha cumplido con las obligaciones mencionadas anteriormente, deberá, una vez revisados, suscribir los documentos preparados por el Concesionario para iniciar el proceso de expropiación correspondiente.

“9. El Concesionario será el responsable de contratar los profesionales requeridos para adelantar los procesos de expropiación, hasta el momento en que el respectivo Juzgado efectúe la entrega anticipada del predio, y de realizar todas las gestiones necesarias para que tales procesos se adelanten con la mayor celeridad posible. Los honorarios de estos profesionales serán cubiertos con recursos existentes en la Subcuenta de Predios. El valor de la indemnización a pagar a los titulares de derechos sobre los predios será cubierto con los recursos de esta Subcuenta del Fideicomiso. Efectuada la entrega anticipada del predio, estará a cargo del INCO la continuidad del proceso de expropiación, sin perjuicio de las gestiones propias del proceso que el concesionario deba adelantar como requerimiento del INCO.

“10. Tanto en el caso de la enajenación directa como en las expropiaciones, y en el evento en que el Concesionario, por hechos imputables a él, no utilice estos predios antes del vencimiento del tercer (3er) año contado desde la fecha de inscripción de la decisión correspondiente en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, deberá devolvérselos al INCO para que éste proceda de acuerdo con lo establecido en el artículo 93 de la Ley 9 de 1989 y demás normas pertinentes.

“PARÁGRAFO PRIMERO: En virtud de lo consagrado en este Contrato, el Concesionario queda facultado para que, en representación del INCO, inicie oficialmente el procedimiento de enajenación voluntaria establecido en la Ley 9 de 1989 y la Ley 388 de 1997 y las demás normas aplicables o las normas que las modifiquen o sustituyan.

“PARÁGRAFO SEGUNDO: Para el desarrollo de la gestión predial el concesionario tendrá en cuenta lo establecido en el Anexo 17, el cual forma parte integral del presente contrato.”

En la Cláusula 66 del Contrato de Concesión se previó que la vigilancia de la ejecución y cumplimiento del Contrato sería ejercido por el INCO a través del Interventor, quien sería contratado por el INCO de conformidad con las normas aplicables y el cual representaría al INCO ante el Concesionario, siendo obligación del Concesionario facilitar el desarrollo de las funciones descritas en esa cláusula y en el contrato de interventoría correspondiente y de todas aquellas que permitan un adecuado desarrollo de una interventoría integral al proyecto.

En dicha Cláusula se previó como funciones o facultades de la Interventoría, entre otras, las siguientes:

- Exigir al Concesionario la información que considere necesaria, la cual está obligado a suministrar dentro de los diez (10) Días Hábiles siguientes contados

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

a partir de la fecha de solicitud. Cuando la naturaleza de la información exigida así lo requiera este plazo podrá ser ampliado.

- Hacer el seguimiento y verificación de la gestión predial desarrollada por el Concesionario, aprobando entre otras, las fichas prediales y socioeconómicas elaboradas por el Concesionario.

De conformidad con lo anterior, en cada uno de los Contratos de Interventoría, se estipuló como una de las principales obligaciones a cargo de la Interventoría, llevar a cabo la vigilancia y control de la Gestión Predial adelantada por la Concesionaria.

4.4.7.2.2 El Anexo 17 que contiene el instructivo para la Gestión Predial en proyectos de viales concesionados.

Este documento fijó los parámetros, procedimientos y requisitos a tener en cuenta por los **Concesionarios** en desarrollo del proceso de Gestión Predial para los proyectos a cargo del INCO, además, aclarar las obligaciones y campos de acción del Concesionario, la Interventoría y el INCO, en esta materia. En general, tenía por objetivos, los siguientes:

- 1) Establecer las condiciones bajo las cuales el Concesionario debe realizar el proceso de Gestión Predial para el INCO.
- 2) Definir los términos y especificaciones técnicas a tener en cuenta en la elaboración de los documentos requeridos para este proceso.
- 3) Determinar las condiciones de revisión y validación de documentos presentados por el concesionario al INCO.
- 4) Determinar las funciones que en esta materia debe adelantar la Interventoría para garantizar los resultados de la gestión.

4.4.7.2.3 La Modificación No. 1 al Contrato de Concesión.

En la Cláusula 34 del Contrato de Concesión No. 007 de 2007 las Partes pactaron los parámetros para llevar a cabo la adquisición de los predios requeridos para la ejecución del proyecto señalando que "34. Las labores de adquisición de los predios y/o mejoras requeridos para la ejecución de las obras de construcción, mejoramiento y rehabilitación, serán adelantadas por el CONCESIONARIO incluidos los predios y/o mejoras necesarios para la ejecución del alcance progresivo del proyecto si el INCO decide llevar a cabo dichas obras con el concesionario, atendiendo en todo la distribución de obligaciones y responsabilidades que en la presente cláusula se establecen, de conformidad con las Leyes 9 de 1989 y 388 de 1997 y sus decretos reglamentarios y demás normas concordantes y vigentes en la materia ...".

El esquema de asunción conjunta de responsabilidades para la ejecución predial señalado en la Cláusula 34 del Contrato de Concesión 007 de 2.007, en la que el CONCESIONARIO elabora los documentos de gestión para que INCO los suscriba, impide lograr la agilidad necesaria para la adquisición de los predios requeridos, especialmente ante la distancia física entre el lugar de elaboración de los documentos y el lugar de suscripción de los mismos, así como la inminente duplicidad en el ejercicio de revisión de cada documento

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

objeto de aprobación, lo que genera consecuencias negativas tanto para la eficiente adquisición de predios por parte del CONCESIONARIO como para el ejercicio del debido control y vigilancia de la gestión por parte del INCO.

Por lo tanto, las Partes consideraron necesario dar un adecuado avance a la ejecución del contrato, y en tal sentido las Partes decidieron aunar esfuerzos para precaver eventuales riesgos de parálisis en la ejecución de las obras, haciendo las modificaciones necesarias para agilizar la adquisición predial, eliminar los trámites innecesarios y fortalecer los mecanismos de control y vigilancia de la gestión contractual, en armonía con el ordenamiento jurídico que regula la función administrativa, la adquisición de predios de utilidad pública y la ejecución de obras por concesión.

Para tal efecto, las Partes consideraron que la delegación de la gestión predial al CONCESIONARIO sería el mecanismo útil con el cual se buscaría implementar los procesos de calidad, eficiencia y efectividad en la adquisición de predios que permitieran conforme al cronograma de obra establecido, contar oportunamente con la disponibilidad física y jurídica de las áreas necesarias para la ejecución de las obras.

Por las anteriores razones las Partes acordaron suscribir la Modificación al Contrato de Concesión No. 007 suscrito entre las Partes el 13 de agosto de 2007, el cual se rige por las siguientes:

“PRIMERA: OBJETO. Las partes acuerdan modificar y complementar el esquema de adquisición de predios establecido en el contrato de concesión No. 007 de 2007 para el proyecto vial ‘GIRARDOT – IBAGUE - CAJA MARCA – GIC’, con el ánimo de agilizar su ejecución y establecer, a su vez, mecanismos concretos de control y vigilancia en materia de gestión predial, en armonía con el ordenamiento jurídico que regula la función administrativa, la adquisición de predios de utilidad pública y la ejecución de obras por concesión.

“SEGUNDA: OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO. El CONCESIONARIO será el responsable de la adquisición de los predios requeridos para la ejecución de todas las obras comprendidas en el desarrollo del contrato; en desarrollo de dicha responsabilidad y en adición y complementación a las obligaciones que ya le han sido atribuidas a través de la cláusula 34 del contrato de concesión, deberá cumplir con las obligaciones que se describen a continuación:

“2.1 Teniendo en cuenta que el CONCESIONARIO tiene a su cargo la elaboración y obtención de las fichas prediales y estudios de títulos en los términos definidos contractualmente y que es su responsabilidad verificar que la información contenida en las fichas prediales corresponda a la realidad actualizada de cada inmueble, para lo cual debe adelantar la verificación, actualización y validación de la información técnica, física, socio económica y jurídica de todas y cada una de las fichas prediales de los predios requeridos para la ejecución del proyecto, se hace necesario que en desarrollo del cumplimiento a esta obligación verifique a su vez que la identificación catastral del inmueble corresponda con el folio de matrícula inmobiliaria sobre el cual se adelanta la adquisición, a partir de lo cual establecerá el área a adquirir confrontando en todo caso la información técnica (áreas levantadas en terreno, información catastral urbanismo, etc.) con la obtenida en el estudio de títulos (folio de matrícula, escritura pública, etc.) de tal forma que exista correlación en los documentos presentados (planos y fichas prediales y estudios de títulos). De no haber correlación, el CONCESIONARIO determinará, a partir de criterios adecuados y con base en la documentación disponible,

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)**

la identificación del inmueble, sustentando dicha determinación a través de la elaboración de un informe técnico que será anexado a la carpeta contentiva de cada predio. Cuando se trate de un requerimiento total, en caso de diferencia de áreas entre el levantamiento predial, la información catastral y los títulos del inmueble que no sea posible conciliar preferirá en un principio la menor área establecida, sin perjuicio de la posibilidad que se le otorgue al propietario de aclarar las áreas previo a la suscripción de la correspondiente escritura pública de transferencia del inmueble al INCO. Asimismo, para dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 9° de la Ley 9a de 1989, el estudio de títulos abarcará el análisis y aporte de los títulos de como mínimo un lapso de 20 años o mayor en caso de ser necesario para establecer el saneamiento de derecho real de dominio dentro del tracto sucesivo en la tradición del inmueble.

“Considerando que el CONCESIONARIO es el único responsable de la correcta identificación y determinación de las áreas a adquirir, así como de la adquisición de predios o porciones de terreno en exceso a las requeridas para el adecuado desarrollo del proyecto, para los efectos de dicha estipulación se entenderá que las áreas requeridas comprenden: (a) aquellas necesarias para la ejecución del proyecto, conforme los diseños definitivos elaborados por el Concesionario; (b) aquellas áreas sobrantes que deban ser adquiridas por no ser desarrollables, previa certificación de esta situación por parte de las Oficinas de Planeación competentes y aprobación de la INTERVENTORIA; (c) aquellas que sean definidas conjuntamente en los Comités Prediales, situación que constará en las Actas correspondientes de los citados Comités.

“2.2. Con base en las fichas prediales, el estudio de títulos, y los documentos catastrales correspondientes, cuyo contenido de información debe ser coherente con las regulaciones y especificaciones contenidas en los Planes de Ordenamiento Territorial y los diseños definitivos con los cuales el CONCESIONARIO ejecuta las obras, éste deberá contratar la elaboración y obtener los Avalúos Comerciales prediales, de acuerdo con establecido en el Decreto 1420 de 1998 y la resolución reglamentaria 0762 de 1998 expedida por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi (IGAG) y de ser necesario, adelantar las acciones de revisión e impugnación dentro de los términos establecidos en las normas señaladas o aquellas que las modifiquen, según el caso.

“2.3. Sin perjuicio de la responsabilidad que cabe al CONCESIONARIO en cuanto a áreas, valoración y desarrollo de la adquisición predial, presentará en todo caso a la INTERVENTORÍA, o en su defecto al INCO cuando éste lo considere necesario las fichas y planos prediales, las fichas sociales, los avalúos comerciales y el estudio de títulos de cada uno de los predios que se requieran para la ejecución del proyecto, previamente al inicio del proceso de adquisición, como mecanismo para facilitar su función de control y vigilancia. El Concesionario garantizará que los avalúos sean entregados de manera oportuna por la Lonja evaluadora contratada a fin de garantizar su eventual revisión o impugnación por parte del CONCESIONARIO dentro de los términos que para el efecto determina la ley.

“2.4. Asumirá el proceso de enajenación voluntaria de los predios necesarios para adelantar las obras y adquirirlos de conformidad con la normatividad vigente, gestión que el CONCESIONARIO deberá desarrollar con el propósito de asegurar, conforme el alcance de su competencia, la disponibilidad de los predios a fin de cumplir con el cronograma de obras. En desarrollo de esta obligación asumirá (a) la suscripción y expedición de ofertas de compra y su correspondiente notificación conforme lo establecen el artículos 44 y 45 del C.CA, incluyendo la suscripción y expedición de los edictos cuando a ello hubiere lugar (b) el reconocimiento de factores socioeconómicos y aplicación de los mismos según lo previsto en la Resolución 609 de 2005 y/o en la norma que, a partir de la fecha de suscripción de este documento, la aclare, complemente o modifique - para lo cual no será necesario que el reconocimiento de

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

estos factores sea incluido en el Avalúo Comercial -, (c) la suscripción de promesas de compraventa, (d) el recibo de predios directamente del titular del derecho real objeto de adquisición, de cuyas actas remitirá copia al INCO (e) la aprobación de las ordenes de operación para el pago de cuentas relacionadas con la adquisición de los predios requeridos para el proyecto, previa verificación de los requisitos que correspondan en cada caso (D la suscripción de escrituras públicas, (g) la suscripción de todos los demás documentos necesarios para desarrollar, en los términos contractualmente acordados, la gestión predial durante el procedimiento de enajenación voluntaria. (h) Adelantar el trámite para el correspondiente desenglobe del inmueble ya asignación de cédula catastral independiente por la entidad competente. Especialmente documentos como ofertas, promesas y escrituras públicas de compraventa serán suscritos exclusivamente por el representante legal del CONCESIONARIO, y en todo caso, en cumplimiento de lo señalado en el artículo 34 de la ley 105 de 1993, los predios adquiridos figurarán siempre a nombre del INCO.

“Para tales efectos, el CONCESIONARIO deberá seguir los procedimientos establecidos en el artículo 61 la Ley 388 de 1997, la Ley 9 de 1989 y las demás normas aplicables o que las sustituyan o modifiquen, en consonancia con las actividades y programas contemplados en el PGS, especialmente en lo relacionado con los derechos reales susceptibles de adquisición, la forma de notificación, inscripción de la oferta de compra, respecto a los tiempos para llegar a un acuerdo de enajenación con los titulares de los derechos susceptibles de adquisición, y en general con todos los términos y condiciones establecidos tanto en la ley 9a de 1989 como en la ley 388 de 1997- asumiendo bajo su cuenta y riesgo las responsabilidades que con fundamento en el artículo 34 de la ley 105 de 1993 se le otorgan para el efecto. En el evento en que el CONCESIONARIO decida pagar a los Propietarios una suma superior a la determinada por el Avalúo Comercial, con excepción de la debida aplicación de los factores socioeconómicos, lo hará bajo su propio costo y riesgo, y no tendrá derecho a reclamar compensación alguna al INCO.

“2.5 El CONCESIONARIO deberá informar al INCO, mediante comunicación escrita, sobre los predios respecto de los cuales culminó satisfactoriamente el proceso de enajenación, para lo cual, reportará como mínimo la siguiente información en los formatos que INCO establezca para el efecto (a) ficha predial, (b) nombre del enajenante, (c) localización e identificación del predio, (d) área adquirida, (e) construcciones y/o mejoras adquiridas, (D avalúo comercial del predio, (g) número de escritura, y (h) folio de matrícula inmobiliaria. A esta comunicación deberán adjuntar los expedientes que contienen cada negociación, debidamente foliados y organizados individualmente de acuerdo con las directrices establecidas por la Oficina de Archivo y Correspondencia del INCO, cada cual con un Informe final del título, en el que deje constancia de que el predio entregado al INCO se encuentra saneado y goza de titularidad plena, libre de gravámenes y limitaciones que puedan afectar jurídicamente la disponibilidad del inmueble.

“2.6 Será responsabilidad del CONCESIONARIO velar por el cumplimiento cabal de los términos y condiciones establecidos por el ordenamiento jurídico para el agotamiento de la etapa de enajenación voluntaria, ante la eventual necesidad de acudir a la vía de la expropiación para la culminación de procedimiento de adquisición predial.

“2.7 El CONCESIONARIO será responsable de la preparación de los documentos relacionados con el trámite de expropiación judicial o administrativa para suscripción por parte del INCO, en desarrollo de lo cual adelantará la supervisión, seguimiento y control de calidad a los documentos enviados para firma al INCO.

“2.8. Cuando sea necesario adelantar trámites por vía de expropiación judicial, el CONCESIONARIO será el responsable de contratar los profesionales que se requieren

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

hasta la culminación de los correspondientes procesos, y de realizar todas las gestiones para que se adelanten con la mayor celeridad.

“2.9 Con periodicidad mensual o cuando las circunstancias lo requieran, enviará un informe en el que consolide la información sobre predios requeridos, recibidos, en proceso de adquisición y con negociación terminada. Igualmente, mantendrá disponible para el INCO y/o la INTERVENTORIA toda la Información necesaria para el ejercicio de la función de vigilancia y control de la gestión predial. Para estos efectos recibirá y mantendrá actualizada la base de datos que sea adoptada por INCO para hacer el seguimiento de gestión predial y en concordancia con ésta mantendrá actualizado y disponible un plano de avance de la gestión predial, los cuales constituirán instrumentos adecuados de seguimiento a la gestión que efectuará INCO directamente o por Intermedio de la INTERVENTORIA.

“2.10 Atenderá las directrices que en materia de gestión socio predial y socioambiental establezca el INCO de manera general para todas las concesiones o de forma particular para el desarrollo del proyecto vial GIRARDOT – IBAGUE – CAJAMARCA, GIC en armonía con las políticas que para el efecto establezca el gobierno nacional.

“2.11 Asistirá a los comités que para el control y seguimiento de la gestión predial convoque el INCO directamente o por intermedio de la INTERVENTORIA, previa entrega de la información requerida para el efecto.

“2.12 Dará respuesta en forma clara, veraz, precisa y dentro de los términos de ley, a las solicitudes que sobre el proceso de adquisición predial a su cargo realicen los propietarios y cualquier ciudadano en particular remitiendo copia de la misma al INCO.

“2.13 En general, es responsabilidad del CONCESIONARIO el cumplimiento de todas las obligaciones que en materia de adquisición predial le han sido impuestas a través de la Cláusula 34 del contrato de concesión No. 007 de 2007, en todo aquello que no contradiga lo dispuesto por las partes en el presente documento de complementación y modificación.

“PARÁGRAFO PRIMERO: Los mayores costos prediales en la gestión predial que adelanta el CONCESIONARIO o cualquiera de sus contratistas, generados en errores en la identificación del beneficiario de los pagos, las áreas requeridas, los valores de los predios, o cualquier pago realizado en exceso o de la falta de verificación de gravámenes o limitaciones, que sean atribuibles únicamente al CONCESIONARIO, serán de su cargo y, en consecuencia, éste deberá rembolsar, si es del caso, a la Subcuenta Predios del fideicomiso los recursos pagados por causa del error o en exceso. Asimismo los sobrecostos en la gestión que adelanta el CONCESIONARIO, derivados de deficiencias en el levantamiento de la información para el reconocimiento de factores sociales, de las áreas no requeridas que se Incluyan dentro de las fichas prediales o impliquen su modificación, de los valores de los predios o las áreas contempladas que impliquen modificaciones a los avalúos comerciales, promesas de compraventa y escrituras públicas, serán asumidos por el CONCESIONARIO, previa verificación del hecho por parte del INCO directamente o a través de su INTERVENTORIA

PARAGRAFO SEGUNDO: Para el cumplimiento y desarrollo de la gestión predial, y en lo que no se contradiga con lo establecido en el presente documento de modificación y complementación y de conformidad con lo establecido en el parágrafo segundo de la cláusula 34 del contrato de concesión 007 de 2007, el CONCESIONARIO tendrá en cuenta lo establecido en el documento denominado “*Instructivo para la gestión predial en proyectos viales concesionados*” entendiendo exclusivamente este como anexo 17 y el cual hace parte integral del contrato de concesión.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)**

TERCERA: OBLIGACIONES DEL INCO. Sin perjuicio de las responsabilidades del CONCESIONARIO en materia de gestión predial, será responsabilidad del INCO el cumplimiento de las siguientes obligaciones.

“3.1 El INCO impartirá las directrices generales para el desarrollo de la Gestión Predial y brindará su apoyo para facilitar las estrategias y condiciones que correspondan, cuando se considere necesario para lograr la agilización del proceso de adquisición de predios.

“3.2 Cuando agotada la etapa de enajenación voluntaria, por razones no imputables al CONCESIONARIO, no sea posible culminar el proceso de adquisición, previo cumplimiento de los requisitos señalados para el efecto en la presente modificación, será responsabilidad del INCO suscribir los documentos previamente preparados por el CONCESIONARIO para dar inicio y llevar hasta su culminación, el proceso de expropiación por vía administrativa o por vía judicial de acuerdo con lo establecido en la Ley 388 de 1997 y Ley 9 de 1989, así como otorgar los poderes correspondientes a los apoderados que el CONCESIONARIO contrate para que defiendan los Intereses de la entidad hasta la culminación del correspondiente proceso judicial.

“3.3 Directamente o por intermedio de la INTERVENTORIA, convocará los comités de gestión predial que se requieran, en los que se verificará el avance de la gestión y se adelantará el estudio de casos específicas en los que el CONCESIONARIO requiera el apoyo del INCO.

“3.4 Adicionalmente ejercerá el debido control y vigilancia a la gestión predial adelantada por el CONCESIONARIO mediante visitas de campo, así como mediante la solicitud de las verificaciones documentales a que haya lugar para establecer la concordancia de las fichas prediales, fichas sociales, avalúos y en general de los documentos elaborados y reportados para pago a la subcuenta de predios.

“3.5 Sin perjuicio de las obligaciones que en la materia corresponden al CONCESIONARIO, previamente al recibo de los expedientes culminados, el INCO cotejará que cada carpeta contenga los documentos necesarios para verificar el cumplimiento de los procedimientos legales, y asimismo, que el bien recibido se encuentra saneado y goza de titularidad plena, libre de gravámenes y limitaciones que puedan afectar jurídicamente su disponibilidad.

“3.6 En general, es responsabilidad del INCO el cumplimiento de las obligaciones que en materia de adquisición predial establece la cláusula 34 del contrato de concesión No. 007 de 2007, en todo aquello que no contradiga lo dispuesto por las partes en el presente documento de complementación y modificación.

CUARTA: En virtud de lo establecido por el artículo 34 de la ley 105 de 1993, a partir del perfeccionamiento de la presente modificación, el CONCESIONARIO queda facultado para que, en representación del INCO, inicie oficialmente el procedimiento de adquisición de los predios requeridos para la ejecución del proyecto, y continúe hasta su culminación la gestión relacionada con los predios que se encuentran actualmente en proceso de adquisición, en los términos y con el alcance previsto en el contrato de concesión y en la presente modificación. Sin perjuicio de las directas facultades que se otorgan al CONCESIONARIO, cuando se considere necesario para facilitar el ejercicio de la gestión predial, el INCO otorgará los poderes y autorizaciones a que haya lugar.

PARAGRAFO: En el evento en que el INCO termine de manera unilateral la delegación de que trata este documento, y en virtud de ello se ocasionen perjuicios de cualquier índole al CONCESIONARIO, éstos deberán ser asumidos e indemnizados en su totalidad por el INCO,

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

QUINTA: Modifícase lo establecido en la Cláusula 6 numeral 6.3 del Contrato de Concesión No. 007 de la de los contratos de promesa de compraventa y/o los contratos de compraventa para todos los predios de las Obras de Construcción, Mejoramiento y Rehabilitación, en caso de enajenación voluntaria, o -en su defecto y respecto de aquellos predios que no haya sido posible su enajenación voluntaria- la obtención del registro de la decisión de la expropiación por vía administrativa, y/o judicial (decisión que será potestad del INCO), según lo previsto en la Ley 388 de 1997 o las normas que lo modifiquen, aclaren, subroguen o adicionen, no es requisito necesario para la firma del Acta de iniciación de la Etapa de Construcción y ratifícase lo señalado en la Cláusula 34, posterior y especial - la cual señala *"La adquisición de predios para las obras de construcción, mejoramiento y rehabilitación se realizará a favor del INCO y atendiendo el cumplimiento de oportunidad en la entrega de los tramos construidos, acorde a los plazos señalados en la cláusula 7 y bajo el criterio de continuidad de terreno para el desarrollo de las áreas y posteriormente reiterada: 'El Concesionario deberá adelantar la gestión predial necesaria para la adquisición de la totalidad de los predios y/o mejoras requeridos para la ejecución de los Alcances del proyecto, de acuerdo a las metas de cumplimiento obligatorio correspondientes a las entregas parciales establecidas en la Cláusula 7.'"*

El 22 de diciembre de 2008, encontrándose dentro del término previsto para el efecto, las Partes suscribieron el Acta de Iniciación de la Etapa de Construcción y Rehabilitación. De conformidad con lo dispuesto en el numeral 7.3 de la cláusula 7 del Contrato de Concesión 007 de 2007, el plazo máximo para que el Concesionario entregara a la Interventoría y a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA ANI, las Obras de Construcción, Rehabilitación y Mejoramiento, debida y completamente ejecutadas de conformidad con lo exigido en el Contrato y sus Apéndices, en cada uno de los trayectos, contados a partir de la fecha de suscripción del Acta de Iniciación de la Etapa de Construcción, fue de 48 meses; por lo tanto, dicho plazo vencía el 22 de diciembre de 2012.

Mediante Otrosí No. 6 al Contrato de Concesión No. 007 de 2007, suscrito por la Agencia y el Concesionario el 10 de julio de 2013, las Partes acordaron en la cláusula primera modificar la cláusula 7 del Contrato de Concesión en el sentido de establecer que la Etapa de Construcción del Tramo 2 finalizaría el 30 de noviembre de 2014, fecha límite en la cual culminaría la construcción de las obras correspondientes al Túnel y el Viaducto de Gualanday.

En la cláusula 7 del Contrato de Concesión 007 de 2007 se estableció que al finalizar la Etapa de Construcción en cada uno de los Trayectos debía suscribirse el Acta de Iniciación de la Etapa de Operación en cada Trayecto. A su vez, en la cláusula 8 del Contrato de Concesión 007 de 2007 se estableció que "Para todos los efectos de este Contrato, se entenderá que la Etapa de Operación y Mantenimiento corresponde a la etapa posterior a la terminación de la Etapa de Construcción y Rehabilitación..."

Así, entonces, de conformidad con la cláusula 7, la duración efectiva de la Etapa de Construcción del Contrato de Concesión está comprendida entre el 22 de diciembre de 2008 y el 30 de noviembre de 2014, por corresponder esta última fecha a la finalización de la Etapa de Construcción del último Trayecto del Proyecto (Tramo 2)⁶⁰, según la cláusula primera del Otrosí No. 6 al Contrato de Concesión 007 de 2007. Así mismo de acuerdo con

⁶⁰ Variante Gualanday comprendida entre la intersección Chicoral y la intersección Gualanday.

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

la cláusula 8, la Etapa de Operación y Mantenimiento inició el 1 de diciembre de 2014, previa verificación del cumplimiento de la etapa precedente (Etapa de Construcción) en los términos de la cláusula 44 del mismo Contrato.

En el numeral 44.2 de la cláusula 44 del Contrato de Concesión No. 007 de 2007, se estipuló que "Para efectos de la verificación de las Obras de Construcción, Mejoramiento y Rehabilitación que debe hacer el Interventor y el INCO, el Concesionario deberá ponerlas a disposición del Interventor entregando las Memorias Técnicas levantadas para cada uno de los Trayectos, a más tardar en la fecha en que finalice el plazo para terminar las obras de que se trate en cada Trayecto, según lo establecido tanto en el numeral 7.3 de la CLAUSULA 7 de este Contrato..."

En cumplimiento de lo dispuesto en la cláusula 7 del Contrato de Concesión No. 007 de 2007, en lo referente a que al finalizar la Etapa de Construcción en cada uno de los Trayectos debía suscribirse el Acta de Iniciación de la Etapa de Operación en cada Trayecto, el INCO (hoy ANI), por lo cual el Concesionario y la anterior firma Interventora, suscribieron Actas de Inicio de la Etapa de Operación.

En las Actas de Inicio de la Etapa de Operación de los Tramos 1, 3, 6 y 7, se consignaron actividades pendientes a cargo del Concesionario que debían ejecutarse dentro del plazo contractual de cada uno de estos tramos. La verificación de la ejecución de los pendientes en estos tramos fue realizada por la anterior firma interventora, según reporte remitido a la ANI por medio de su comunicación 832 radicado ANI 2011-409-029617-2 del 14 de octubre de 2011.

De acuerdo con la cláusula 7 del Contrato de Concesión, le correspondió a la firma interventora Consorcio Interconcesiones verificar que las obras cumplieran con lo exigido en el Contrato de Concesión 007 de 2007 para los trayectos restantes del Proyecto.

Habida cuenta de todo lo anteriormente expuesto, y considerando que: i) Algunas de las obras pendientes dependían de la decisión de terceros; ii) Otras obras y/o actividades pendientes se encontraban en controversia y debían ser resueltas a través de la Amigable Composición; iii) Que otras obras o actividades por ejecutar no interferían con la operación de la carretera; y, iv) Que el Concesionario ejecutó las obras dentro del plazo contractual del último Trayecto (Tramo 2) que venció el 30 de noviembre de 2014, y que permitían la continuidad de la operación de la vía en todos los Tramos del Proyecto, las Partes entendieron y aceptaron que con la firma del Acta a los treinta (30) días del mes de enero de 2015, se dio Inicio a la Etapa de Operación y Mantenimiento, a partir del primero (1º) de diciembre de 2014.

Las Partes se comprometieron a que durante el desarrollo de la Etapa Operación y Mantenimiento se definirían las soluciones a cada uno de los trabajos y/o actividades pendientes relacionados en la citada Acta. Lo anterior sin perjuicio de lo establecido en el numeral 44.5 de la cláusula 44 del Contrato de Concesión 007 de 2007, que señala:

"La verificación dada a las Obras de Construcción, Mejoramiento y Rehabilitación por el INCO, a través del interventor, no implica la aceptación definitiva de dichas obras. Por lo tanto, si en cualquier momento durante la ejecución del Contrato, el INCO

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

advierte que las obras ejecutadas no cumplieron con las Especificaciones Generales de Construcción o las Especificaciones Técnicas de Construcción, Mejoramiento y Rehabilitación, exigibles al momento de su verificación, el Concesionario, previo el requerimiento del INCO deberá tomar las medidas correctivas en los plazos que el INCO señalen para que las obras cumplan con dichas especificaciones. Lo anterior sin perjuicio de la responsabilidad del Concesionario por el incumplimiento en los términos de este Contrato".

4.4.7.3 El ejercicio de las facultades de dirección, control y vigilancia de la Gestión Predial por parte del INCO/ANI o por conducto de la Interventoría en el periodo comprendido entre el 21 de diciembre de 2007, fecha de inicio de ejecución del Proyecto, y el 23 de enero de 2013.

En el periodo comprendido entre el 21 de diciembre de 2007, fecha de inicio de ejecución del Proyecto y el 23 de enero de 2013, el INCO/ANI ni la Interventoría, en ejercicio de sus funciones y obligaciones - facultades de dirección, control y vigilancia- contenidas en las Cláusulas 11 (numeral 11.16) del Contrato de Concesión No. 007 de 2007 y Tercera (numerales 3.3 y 3.4) del Modificadorio No. 1 de fecha 24 de abril de 2008, no pidieron información y mucho menos hicieron glosa o reparo alguno respecto de la gestión predial adelantada por la Concesionaria San Rafael S.A.

Sin embargo, ello no significa que en cualquier momento de la vigencia del Contrato, en cualquiera de sus etapas y antes de la liquidación, el INCO/ANI y la Interventoría, en ejercicio de tales funciones y obligaciones - facultades de dirección, control y vigilancia- contenidas en las Cláusulas 11 (numeral 11.16) del Contrato de Concesión No. 007 de 2007 y Tercera (numerales 3.3 y 3.4) del Modificadorio No. 1 de fecha 24 de abril de 2008, no pudieran solicitar informes, realizar visitas de comprobación y verificar el cumplimiento de las obligaciones a cargo de San Rafael, como se empezó a hacer, aunque tarde, a partir del 16 de noviembre de 2012. Téngase presente que, sin perjuicio de la responsabilidad que correspondía al Concesionario en cuanto a áreas, valoración y desarrollo de la adquisición predial, en todo caso, a éste le correspondía presentar a la Interventoría o, en su defecto, al INCO/ANI cuando éste lo considerara necesario, las fichas y planos prediales, las fichas sociales, los avalúos comerciales y el estudio de títulos de cada uno de los predios que se requirieran para la ejecución del proyecto, previamente al inicio del proceso de adquisición, como mecanismo para facilitar su función de control y vigilancia.

Adicionalmente el INCO/ANI ejercería el debido control y vigilancia a la gestión predial adelantada por el concesionario mediante visitas de campo, así como mediante la solicitud de las verificaciones documentales a que hubiera lugar para establecer la concordancia de las fichas prediales, fichas sociales, avalúos y en general de los documentos elaborados y reportados para pago a la subcuenta de predios. Igualmente, sin perjuicio de las obligaciones que en la materia correspondían al Concesionario, previamente al recibo de los expedientes culminados, el INCO/ANI cotejaría que cada carpeta tuviere los documentos necesarios para verificar el cumplimiento de los procedimientos legales y que el bien recibido se encontrara saneado y gozara de titularidad plena, libre de gravámenes y limitaciones que puedan afectar jurídicamente su disponibilidad. En general, era

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

responsabilidad del INCO/ANI el cumplimiento de las obligaciones que en materia de adquisición predial establece la cláusula 34 del Contrato de Concesión No 007 de 2007.

Entonces, no hacerlo durante buena parte de la gestión predial, que se desarrolló durante las etapas Preconstrucción y de Construcción y Rehabilitación para el alcance básico, no significa que no pudiera adelantarse en cualquier momento. De hecho, la Interventoría se reunió con el Concesionario y le solicitó información en plena ejecución de la Etapa de Construcción y Rehabilitación la cual se extendió hasta el 30 de noviembre de 2014, razón por la cual no puede afirmarse que ya el INCO/ANI o la Interventoría no pudieran ejercer tales funciones para reunirse con el Concesionario, solicitar información, verificar todos y cada uno de los comprobantes de las adquisiciones, incluidos los títulos y las certificaciones, revisar de nuevo las sábanas prediales, lo mismo que comprobar el correcto pago del precio o de la indemnización a que hubiere lugar, con cargo a la subcuenta correspondiente prevista de manera exclusiva para ello en el Contrato de Concesión.

En consecuencia, con fundamento en lo anteriormente expuesto, **prosperará la pretensión primera de este Grupo**, y así se declarará en la parte resolutive del Laudo.

4.4.7.4 Los Comités de Gestión Predial y su convocatoria en el período comprendido entre el 21 de diciembre de 2007, fecha de inicio de ejecución del Proyecto, y el 23 de enero de 2013.

Sin perjuicio de las responsabilidades del Concesionario en materia de gestión predial, sería responsabilidad del INCO/ANI, directamente o por intermedio de la Interventoría, convocar los comités de gestión predial que se requirieran, en los que se verificaría el avance de la gestión y se adelantaría el estudio de casos específicos en los que el Concesionario requiriera el apoyo del INCO.

A su vez, al Concesionario le correspondía asistir a los comités que para el control y seguimiento de la gestión predial convocara el INCO directamente o por intermedio de la Interventoría, previa entrega de la información requerida para el efecto.

Según se observa de los documentos que fueron decretados y tenidos en cuenta como medios de prueba, en el periodo comprendido entre el 21 de diciembre de 2007, fecha de inicio de ejecución del Proyecto, y el 23 de enero de 2013, el INCO/ANI directamente o por conducto de la Interventoría, no convocaron a Comités de Gestión Predial, así como tampoco fue solicitada por San Rafael. S.A.

En consecuencia, durante el periodo comprendido entre el 21 de diciembre de 2007, fecha de inicio de ejecución del Proyecto, y el 23 de enero de 2013, en ejercicio de sus obligaciones - facultades de dirección, control y vigilancia contenidas en las Cláusulas 11 (numeral 11.16) y 66 del Contrato de Concesión No. 007 de 2007; y Tercera (numerales 3.3 y 3.4) del Modificadorio No. 1 de fecha 24 de abril de 2008, la Agencia Nacional de Infraestructura no convocó Comités de Gestión Predial.

Ello no significa que se haya entorpecido la gestión predial del Concesionario por cuanto de acuerdo con el Contrato de Concesión, el Concesionario era el responsable de la

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

adquisición de los predios requeridos para la ejecución de todas las obras comprendidas en el desarrollo del contrato y en desarrollo de dicha responsabilidad y en adición y complementación a las obligaciones que ya le habían sido atribuidas en la cláusula 34 del Contrato de Concesión, debía cumplir con las obligaciones que se describieron en el Modificadorio No. 1.

Por lo demás, en este proceso no consta que el Concesionario haya solicitado de la entidad Concedente convocar Comités de Gestión Predial para someter a su consideración algún caso respecto del cual requiriera su apoyo ni tampoco la Parte Convocante solicitó del Tribunal declarar el incumplimiento de la obligación de la entidad Concedente por no convocar los comités prediales para el ejercicio de sus funciones.

En consecuencia, con fundamento en lo anteriormente expuesto, **prosperará la Pretensión Segunda de este Grupo**, y así se declarará en la parte resolutive del Laudo.

4.4.7.5 La Gestión predial realizada por la Concesionaria San Rafael S.A. en el periodo comprendido entre el 21 de diciembre de 2007, fecha de inicio de ejecución del Proyecto, y el 23 de enero de 2013.

Con fundamento en las reglas legales y contractuales a las que se ha hecho amplia referencia y en cumplimiento de sus obligaciones resultantes de la delegación que contractualmente le fue encomendada por la entidad Concedente, durante el período comprendido entre el 21 de diciembre de 2007 y el 23 de enero de 2013, la Sociedad CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A., realizó la gestión predial a su cargo.

Ello fue así, porque en virtud de lo establecido por el artículo 34 de la Ley 105 de 1993 y a partir del perfeccionamiento de la Modificación No. 1 al Contrato de Concesión, el Concesionario quedó facultado para que, en representación del INCO, iniciara oficialmente el procedimiento de adquisición de los predios requeridos para la ejecución del proyecto y continuara hasta su culminación la gestión relacionada con los predios que se encontraban en proceso de adquisición, en los términos y con el alcance previsto en el Contrato de Concesión y en la citada modificación.

En desarrollo de dicha gestión, la Sociedad San Rafael S.A. adquirió para la Nación-INCO/ANI, las áreas requeridas para la ejecución del Contrato de Concesión, así como aquellas porciones de predios remanentes que por su uso, tamaño o forma hacen que no sean desarrollables, lo mismo que las demás áreas que por razones de orden técnico es preciso adquirir por cuanto que sobre dichas porciones adicionales se han de construir elementos complementarios o preservadores de la obra de infraestructura en desarrollo.

En tal virtud, conforme a lo dispuesto en el Contrato de Concesión No.007 de 2007, en el Modificadorio No.1, en las Leyes 9 de 1989 y 388 de 1997 y en la Resolución INCO 609 de 2005, aquellas áreas de terreno no afectadas por el trazado de la vía pero que debían ser adquiridas por razones técnicas y aquellas que tampoco siendo necesarias para el trazado de la vía ostentaban la condición de remanentes, debían ser adquiridas por el Concesionario a nombre de la Nación - ANI.

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

En consecuencia, con fundamento en lo anteriormente expuesto, **prosperará la Pretensión Cuarta** de este Grupo, y así se declarará en la parte resolutive del Laudo.

Por otra parte, considerando que el Concesionario era el único responsable de la correcta identificación y determinación de las áreas a adquirir, así como de la adquisición de predios o porciones de terreno en exceso a las requeridas para el adecuado desarrollo del proyecto, para los efectos de dicha estipulación las Partes expresamente acordaron que se entendería que las áreas requeridas comprendían: (a) aquellas necesarias para la ejecución del proyecto conforme los diseños definitivos elaborados por el Concesionario; (b) aquellas áreas sobrantes que debían ser adquiridas por no ser desarrollables, previa certificación de esta situación por parte de las Oficinas de Planeación competentes y aprobación de la Interventoría; y, (c) aquellas que fueran definidas conjuntamente en los Comités Prediales, situación que debía constar en las Actas correspondientes de los citados Comités.

Entonces, por tratarse de bienes que se incorporan al patrimonio público, que se pagan con recursos públicos y que al término de la concesión revertirán a la Nación – AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA, su adquisición está rodeada conforme a la Ley, a sus reglamentos y a las estipulaciones contractuales, de los formalismos, aprobaciones o validaciones que se exigen en respeto del patrimonio público y, de contera, de los más caros principios de transparencia, moralidad y objetividad, por lo que no representan simples arandelas o formalismos de segunda categoría.

Como lo señaló la Parte Convocante y así resulta aceptable conforme al principio de la buena fe, toda la información comprensiva de la gestión predial adelantada por la Sociedad CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A. entre el 21 de diciembre de 2007 y el 23 de enero de 2013, incluida la que reposaba en la Fiduciaria administradora del Patrimonio Autónomo, siempre estuvo a disposición del INCO/ANI y de las Interventorías que fungieron en ese período para ejercer el control de la actividad cumplida por la sociedad Concesionaria. Así mismo, es necesario admitir, por esa misma causa, que, en ese período, el INCO/ANI y las Interventorías fueron informados de la gestión predial a través de la entrega de la denominada Sábana Predial, por lo que acerca de la naturaleza y alcance de las gestiones adelantadas por la CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A. sobre las áreas de terreno adquiridas por razones técnicas o por su naturaleza de no desarrollable, ellas fueron conocidas por el INCO/ANI y la Interventoría.

Y ello es así porque el Concesionario tenía la obligación de informar al INCO/ANI, mediante comunicación escrita, sobre los predios respecto de los cuales había culminado satisfactoriamente el proceso de enajenación, para lo cual, debía reportar como mínimo la siguiente información en los formatos que INCO/ANI establecieran para el efecto: (a) ficha predial, (b) nombre del enajenante, (c) localización e identificación del predio, (d) área adquirida, (e) construcciones y/o mejoras adquiridas, (f) avalúo comercial del predio, (g) número de escritura, y (h) folio de matrícula inmobiliaria. A esa comunicación debía adjuntar los expedientes que contenían cada negociación, debidamente foliados y organizados individualmente de acuerdo con las directrices establecidas por la Oficina de Archivo y Correspondencia del INCO/ANI, cada cual con un Informe final del título, en el que dejaba constancia de que el predio entregado al INCO/ANI se encontraba saneado y gozaba de titularidad plena, libre de gravámenes y limitaciones que pudieran afectar jurídicamente la

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

disponibilidad del inmueble. Así mismo, con periodicidad mensual o cuando las circunstancias lo requirieran, el Concesionario tenía que enviar un informe en el que consolidaba la información sobre predios requeridos, recibidos, en proceso de adquisición y con negociación terminada. Igualmente, era su obligación mantener disponible para el INCO y/o la Interventoría toda la Información necesaria para el ejercicio de la función de vigilancia y control de la gestión predial, para lo cual recibiría y mantendría actualizada la base de datos que fuera adoptada por INCO/ANI para hacer el seguimiento de la gestión predial y en concordancia con ésta mantendría actualizado y disponible un plano de avance de la gestión predial, los cuales constituían instrumentos adecuados de seguimiento a la gestión que efectuaría el INCO/ANI directamente o por Intermedio de la Interventoría.

A su vez, en ejecución del Proyecto de Concesión Vial Ibagué – Girardot - Cajamarca en el período comprendido entre el 21 de diciembre de 2007, fecha de inicio de ejecución del Proyecto y el 23 de enero de 2013, aquellas áreas de terreno no afectadas por el trazado de la vía pero que debían ser adquiridas por razones técnicas y aquellas que tampoco siendo necesarias para el trazado de la vía ostentaban la condición de remanentes fueron adquiridas por la CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A. a nombre de la ANI. En este proceso no se ha controvertido dicha titularidad.

Consecuencialmente, las áreas de terreno adquiridas por la CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A. por razones técnicas o por su naturaleza de remanentes, se integraron al Proyecto de Concesión Vial Girardot - Ibagué - Cajamarca y su derecho de dominio y la posesión que fue agregada, quedó en cabeza de la Nación - ANI, al tiempo que el precio pagado en la compra o la indemnización satisfecha conforme al proceso expropiatorio, respectivamente, por la adquisición de tales áreas de terreno debía ser cubierto, como se hizo, con los recursos depositados en la Subcuenta Predios del Patrimonio Autónomo FC Concesionaria San Rafael administrado por la Fiduciaria Colpatria S.A. y así habrá de declararse en esta providencia.

Por tanto, con fundamento en lo anteriormente expuesto, **prosperarán en su integridad las Pretensiones Quinta y Sexta** y parcialmente la séptima de este Grupo y así se declarará en la parte resolutive del Laudo, por cuanto la pretensión tercera no prosperará según se indicará más adelante en esta providencia.

4.4.7.6 El ejercicio de las facultades de dirección, control y vigilancia de la Gestión Predial por parte de la ANI o por conducto de la Interventoría, a partir de noviembre de 2012, se le solicitó al Concesionario rendir informe de su gestión predial.

Como se ha señalado reiteradamente en esta providencia, el Contrato de Concesión No. 007 fue suscrito entre el INCO y la CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A. el 13 de agosto de 2007.

Ahora, entre el 21 de diciembre de 2007, fecha en la cual se suscribió el Acta de Inicio de ejecución del Contrato de Concesión -lo cual incluye desde el 22 de diciembre de 2008 fecha en la cual se suscribió el Acta de Inicio de la Etapa de Construcción y Rehabilitación, y el 16 de noviembre de 2012, el INCO/ANI ni la Interventoría ejercieron el control sobre la gestión predial a cargo de la Sociedad CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A. en los

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

términos previstos en el Contrato de Concesión y en los Contratos de Interventoría, respectivamente.

Con todo, si bien el INCO/ANI y/o la Interventoría tienen la obligación de hacer seguimiento a la gestión predial del Concesionario, esto no es óbice para que el Concesionario no cumpla con sus obligaciones contractuales que guardan relación con la elaboración de todos los insumos prediales, así como con la consecución de todos los documentos soportes de esa gestión (folios de matrícula inmobiliaria, copia de documentos de identificación de propietarios, certificados de uso del suelo, certificaciones de no desarrollabilidad, entre otros) en los términos definidos contractualmente y es el responsable de la correcta identificación y determinación de las áreas a adquirir, así como de la adquisición de predios o porciones de terreno en exceso a las requeridas por diseño para el adecuado desarrollo del Proyecto.

Solo bien avanzada la Etapa de Construcción y Rehabilitación, la Interventoría a cargo del Consorcio Interconcesiones y el Concesionario se reunieron, por primera vez, el 16 de noviembre de 2012, con el fin de dar cumplimiento a sus obligaciones ante la ANI y verificar el cumplimiento del Contrato de Concesión en lo que se refiere a la gestión predial y para lo cual trataron los siguientes temas:

- Presentación de los funcionarios del área predial
- Exposición de los objetivos y obligaciones del Contrato de Interventoría, entre otros la revisión de la documentación existente
- Presentación del Concesionario sobre sus procedimientos prediales
- Propuesta de la Interventoría para el proceso de revisión de la documentación que se requiriera

Por su parte, solo hasta el 13 de noviembre de 2012, la ANI le solicitó a la Interventoría levantar un estudio acerca de la gestión predial adelantada hasta esa fecha por la CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A. y rendir un informe técnico, jurídico y financiero.

Con motivo de la citada reunión, días después, mediante la comunicación C 1082/GC0025/12/ 7.4.1 del 21 de noviembre de 2012, Rad. ANI 2012-409-035939 2, la Interventoría presentó a la Concesionaria San Rafael una relación de los temas tratados y, respecto de este último, propuso que el funcionario de la Interventoría del área predial realizara la revisión a las carpetas o expedientes prediales en las oficinas de la Concesionaria y con la presencia de su personal.

Consecuentemente con el objeto de iniciar el proceso de revisión en las oficinas del Concesionario, se le solicitó se colocaran a disposición de la Interventoría las carpetas referentes a los siguientes doce (12) predios y las correspondientes al Tramo 2 sector Túnel y Viaducto de Gualanday:

- Carpetas CGIC 3 126, CGIC 3 126 A, CGIC 3 127, CGIC 3 128, CGIC 3 129, CGIC 3 121, CGIC 3 122, CGIC 3 123 y CGIC 3 124.
- Carpetas CGIC 1 32, CGIC 1 32A y CGIC 1 33.
- Carpetas prediales correspondientes al Tramo 2 sector Túnel y Viaducto de Gualanday

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)**

Así mismo, la Interventoría le solicitó a la Concesionaria:

- *De cada uno de los tramos que conforman el Proyecto se remitan las Sabanas Prediales que recopilan la información de los procesos y documentos a la fecha en medio magnético*
- *Así mismo la Tira Topográfica predial de los tramos que contenga los predios que hayan adquirido o en proceso en medio digital y en autocad.*
- *Finalmente enviar las fichas prediales, fichas socioeconómicas y demás documentos en proceso de elaboración para la adquisición de inmuebles.*

Mediante la comunicación C.1082/GC0137/13/7.4.1. del 24 de enero de 2013, la Interventoría le entregó a la ANI el informe solicitado en el cual señaló que esa Interventoría inicialmente había estado adelantando la revisión y análisis de las carpetas prediales de algunos inmuebles y presentó anexo el Informe con algunos de los detalles correspondientes a los predios Nos. CGIC-3-126, CGIC- 3-126A, CGIC- 3-127 y CGIC-3-128 del sector de Gualanday donde se ubican las Estaciones de Peajes y Pesaje, así como el Área de Servicio y solo en dos de ellos indicó que había formulado observaciones sobre áreas adquiridas por San Rafael S.A. por razones técnicas o por su naturaleza de remanentes.

En efecto, en relación con el predio No. CGIC-3-126 que correspondía al predio de mayor extensión No. Catastral 00-01-0004-0234-000 y matrícula inmobiliaria 350-171312 de Ibagué, de propiedad de Jacinto Torres Arias, del cual se compraron tres lotes, señaló, entre otros, que el Concesionario para los Lotes 1 y 3 adquirió una mayor área argumentando la desarrollabilidad de estos predios pero que, sin embargo en las carpetas revisadas no se encontraron los soportes requeridos en la Modificación No. 1 al Contrato, Capítulo 11, Cláusula segunda: Obligaciones del Concesionario, numeral 2.1 párrafo dos, por lo que, teniendo en cuenta que las mayores áreas adquiridas del predio original de mayor extensión no eran necesarias, estimó pertinente dar aplicación al numeral 34.3 y al Párrafo de la Cláusula 34 del Contrato de Concesión.

A su turno, en relación con el Predio CGIC-3-126 A, que corresponde al predio con Matrícula Inmobiliaria No 350-16 237 y Cedula Catastral 00- 01-0004-0206-000 de propiedad de Avícola Triple A S.A.S., que tiene un área total de 2.763.00 m², señaló que inicialmente el Concesionario requirió un área de 1.064,13 m², área que fue aceptada vender por el Propietario, pero posteriormente el Propietario utilizando argumentos relacionados con el ancho de la zona de reserva pero sin hacer precisiones, solicitó la compra del resto del predio, por lo que el Concesionario adquirió toda el área del predio, es decir 2763,00 m², de los cuales 1537,46 m² se encuentran por fuera de la línea de afectación. Sin embargo, señaló, que en el expediente no se encontraron los soportes requeridos para la adquisición de estas áreas adicionales.

Con la Comunicación C.1082/GC0933/13/7.4.1. del 28 de noviembre de 2013, la Interventoría le solicitó a la Concesionaria reintegrar el valor pagado del predio CGIC-5-409 por considerar que dentro de los alcances del Proyecto Girardot – Ibagué – Cajamarca, no se encontraba proyectado ejecutar ninguna obra en el área del mismo.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)**

En atención a la comunicación enviada por la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA con radicado 2013-604-018510-1 recibida el 29 de noviembre de 2013, mediante la cual requirió Información necesaria para atender la Auditoría 2012 adelantada por la Contraloría General de la República, Hallazgo 773-3, Registro de Predios Concesiones Viales, sobre, entre otros: a) AREAS REMANTES y b) PREDIOS SOBRANTES, con la comunicación C.1082/GC0944/13/7.4.1. del 3 de diciembre de 2013, la Interventoría le solicitó a la Concesionaria remitir dicha información.

Con la comunicación C.1082/GC1558/14.4.1 del 31 de julio de 2014, la Interventoría le informó a la ANI que no se tenía conocimiento de la adquisición del inmueble con la ficha predial CGIC-5-415 localizado en el Tramo 5, localizado en cercanías de la Intersección Revira (cerca al Viaducto Combeima) a la altura del PR010+350 de la Ruta 40TLC, por cuanto no se presentaba registrado en la Tira Topográfica Predial y Sábana Predial del respectivo Tramo, así como documentos de registro y de seguimiento de la gestión predial realizada por la Concesionaria y resaltó que el predio no se requería para las obras de Construcción, Mejoramiento y Rehabilitación en el proyecto, por lo cual procedía solicitarle el reintegro de su valor.

Más adelante, la Interventoría generó sucesivos informes mediante los cuales glosó la Gestión Predial adelantada por la Concesionaria, solicitó la devolución de las sumas de dinero usadas en el pago de las áreas de terreno que fueron adquiridas, por aspectos técnicos o por su naturaleza de no desarrollable y el reintegro de las mismas a la Subcuenta de Predios del Patrimonio Autónomo. A juicio de la Parte Convocante, las razones por las cuales la Interventoría glosó la Gestión Predial adelantada, fueron esencialmente que las áreas adquiridas no tendrían la naturaleza de remanentes o carecían de justificaciones técnicas para ser adquiridas, lo cual fue aceptado por la Parte Convocada, toda vez que, dijo, estas solicitudes están soportadas por la ausencia de soportes que debieron ser suministrados por la Concesionaria según lo establecido en la Cláusula 34, el Anexo No. 17 y el Modificadorio No. 1 del Contrato de Concesión.

Por tal motivo, tal y como lo reconoció la Parte Convocante, mediante las comunicaciones No. 2014-604-010393-1 de 4 de junio de 2014, No. 2014-604-017298-1 del 11 de septiembre de 2014 y No. 2015-604-002869-1 del 12 de febrero de 2015, la ANI le solicitó a la CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A. el reintegro de los recursos utilizados en la compra de los predios identificados por la Interventoría, lo cual fue admitido como cierto por la Parte Convocada ya que, dijo, “los informes presentados por la Interventoría dieron como conclusión general que la Concesionaria había adquirido predios sobrantes o remanentes sin cumplir con los procedimientos establecidos, en la Cláusula 34, el Anexo No. 17 y el Modificadorio No.1 del Contrato de Concesión, en cuanto a la adquisición de áreas adicionales, remanentes o requeridas por necesidades técnicas”, es decir, “no se encontraron en las carpetas prediales los certificados de no desarrollabilidad de las áreas remanentes, ni los informes técnicos de justificación de adquisición, como tampoco, las advertencias del Concesionario respecto a los casos especiales”, por lo que teniendo en cuenta lo anterior, “la Interventoría valoró los predios sobrantes adquiridos por la Concesionaria y estableció que esta debía reembolsar a la subcuenta de predios los mayores valores pagados, información que fue presentada a la ANI en varias

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

comunicaciones como se resumió en el oficio C.1082/GC2246/15/7.4.1 radicado ANI 2015-409-039080-2 del 1 de julio de 2015.” En este punto, la Parte Convocada señala que la labor de revisión y aprobación de carpetas prediales continúa a la fecha y que la Interventoría hace entrega mensualmente a la Concesionaria San Rafael de las observaciones y/o hallazgos identificados en esta revisión.

A su vez, mediante la comunicación No. GIC-2015-0269 de 17 de febrero de 2015, San Rafael solicitó a la ANI activar el Mecanismo de Solución de Controversias contenido en la Cláusula 57 del Contrato de Concesión No. 007 de 2007 (modificado por el Otrosí No. 8), en específico, la Amigable Composición, pero tal trámite no se realizó.

La ANI, mediante la comunicación No. 2015-604-005821-1 de 17 de marzo de 2015, de nuevo le solicitó a San Rafael S.A. el reintegro de los recursos utilizados en la compra de los predios identificados por la Interventoría.

A su vez, según lo señaló la Parte convocante, la Interventoría le envió a la ANI la comunicación No. C1082/GC2246/15/7.4.1. del 1 de julio de 2015, mediante la cual dictaminó que la CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A. debía reembolsar a la Subcuenta de Predios la suma de \$8.411.441.479⁶¹, lo cual fue admitido como cierto por la Parte Convocada por cuanto, dijo, esta comunicación es el resumen de las comunicaciones enviadas a la fecha por la Interventoría a la ANI y a la CONCESIONARIA SAN RAFAEL.

La Convocante reconoce que, con el fin de buscar un acuerdo conciliatorio de los puntos en conflicto, las Partes propiciaron varias reuniones y mesas de trabajo para establecer cuáles predios no habrían sido debidamente adquiridos por San Rafael S.A. bien por razones técnicas o por su naturaleza de remanentes. Como resultado de tales reuniones *“la Concesionaria asumió el compromiso de enviar a la ANI las certificaciones de no desarrollabilidad de los predios objeto de glosas (expedidas por las Secretarías de Planeación de los distintos Municipios) y/o los informes técnicos prediales elaborados por los especialistas que dieran cuenta de las razones por la cuales se adquirieron los terrenos.”*

Entonces, mediante los oficios GIC-2015-2267 del 23 de noviembre de 2015, GIC-IB-2015-01383 del 21 de diciembre de 2015 y GIC-IB-2015-1414 de 30 de diciembre de 2015, la Concesionaria señaló que le entregó a la ANI la información requerida con el propósito de soportar la compra de los siguientes setenta y cinco (75) predios, incluidos los certificados de no desarrollabilidad y/o informes técnicos, y sus valores:⁶²

No.	Identificación	No.	Identificación
1	CGIC-1-032 A	39	CGIC-2-313 A
2	CGIC-1-037	40	CGIC-2-318
3	CGIC-1-038 A	41	CGIC-2-321
4	CGIC-1-039 A	42	CGIC-2-323
5	CGIC-1-040 A	43	CGIC-2-327
6	CGIC-1-041	44	CGIC-2-337

⁶¹ Ver comunicación C1082/GC2246/15/7.4.1. de 1 de julio de 2015 pág.10.

⁶² Los cuales se encuentran detallados en el Documento Anexo No. 1 que la Parte Convocante entregó como parte de las pruebas documentales que se acompañaron con la demanda y que el Tribunal decretó mediante Auto proferido en la primera audiencia de trámite.

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

7	CGIC-1-044	45	CGIC-2-338
8	CGIC-1-044 B	46	CGIC-2-339
9	CGIC-1-047	47	CGIC-2-333
10	CGIC-1-054	48	CGIC-3-101
11	CGIC-1-054 A	49	CGIC-3-113 A
12	CGIC-1-055	50	CGIC-3-114
13	CGIC-1-055 A	51	CGIC-3-116
14	CGIC-1-055 B	52	CGIC-3-117
15	CGIC-1-059 B	53	CGIC-3-118
16	CGIC-I-059 C	54	CGIC-3-121
17	CGIC-1-059 D	55	CGIC-3-122
18	CGIC-I-060	56	CGIC-3-123
19	CGIC-I-061	57	CGIC-3-124
20	CGIC-1-062	58	CGIC-3-126 A
21	CGIC-1-063	59	CGIC-3-146
22	CGIC-1-063 A	60	CGIC-3-148
23	CGIC-1-064	61	CGIC-3-149
24	CGIC-1-064 A	62	CGIC-3-150
25	CGIC-I-065	63	CGIC-3-150 A
26	CGIC-1-067 A	64	CGIC-6-166
27	CGIC-1-072	65	CGIC-6-167
28	CGIC-1-072 A	66	CGIC-6-172
29	CGIC-1-073	67	CGIC-7-181
30	CGIC-1-074	68	CGIC-7-182
31	CGIC-1-074 A	69	CGIC-7-182 A
32	CGIC-1-075 B	70	CGIC-7-184 A
33	CGIC-I-076	71	CGIC-7-185
34	CGIC-1-079	72	CGIC-7-184 A
35	CGIC-1-081	73	CGIC-7-185 D
36	CGIC-I-088	74	CGIC-7-185 E
37	CGIC-2-300	75	CGIC-7-195
38	CGIC-2-313		

Este hecho fue admitido como cierto por la Parte Convocada al señalar que efectivamente el Concesionario remitió a la ANI las comunicaciones GIC- 2015-2267 con radicado ANI No. 2015-409-076853-2 del 23 de noviembre de 2015, GIC-IB-2015-01383 con radicado ANI No. 2015-409-084980-2 del 21 de diciembre de 2015, y GIC-IB-2015-01414 con radicado ANI No. 2015-409-087163-2 del 30 de diciembre de 2015, anexando algunos certificados de no desarrollabilidad e informes técnicos de predios sobrantes considerando el listado consolidado de áreas presentado por la Interventoría en el oficio C.1082/GC2246/15/7.4.1 radicado ANI No. 2015-409-039080-2 del 1 de julio de 2015. Sin embargo, también señaló que en las carpetas revisadas por la Interventoría (Consortio MAB), no reposa ningún informe técnico para los casos en los cuales la CONCESIONARIA SAN RAFAEL adquirió áreas adicionales a las requeridas por diseño, por lo que dice, se le solicitó la entrega de los correspondientes informes técnicos para su revisión y aprobación correspondiente si es el caso, sin que a la fecha de la contestación de la demanda, la totalidad de estos requerimientos se hubiera atendido, como consta, dijo en las actas de revisión de carpetas y en las comunicaciones que se listan a continuación:

Comunicación	Fecha	Respuesta
CMAB-476- 0129-20	202002-05	GPR. Seguimiento comunicación GIC-IB-2020-0019. Informes Técnicos predios CGIC-1-064A y CGIC-1-090.

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

CMAB-476- 0202-19	201903-13	GPR. Revisión concepto sobre informe de áreas adicionales, áreas remanentes y predios sobrantes proyecto GIRARDOT- IBAGUE – CAJAMARCA
CMAB-476- 0205-18	201808-24	GPR. Su comunicación GIC-IB-2018-0550. Concepto insumos técnicos fichas prediales predios CGIC-2-362 A, CGIC-2-363 A y CGIC-2-369 A
CMAB-476- 0218-18	201808-29	GPR. Solicitud informe técnico predios C-GIC-1- 090 y C-GIC-1- 091
CMAB-476- 0359-18	201810-17	GPR. Requerimiento soportes adquisición áreas remanentes
CMAB-476- 0390-19	201905-17	GPR Solicitud actualización certificados norma de uso del suelo
CMAB-476- 0393-19	201905-17	GPR. Seguimiento avance revisión y entrega de carpetas prediales a la ANI
CMAB-476- 0483-18	201812-06	GPR. Su comunicación GIC-IB-2018-0922. Concepto insumos técnicos fichas prediales predios CGIC-2-370, CGIC-2-371, CGIC- 2-372 y CGIC-2-373.
CMAB-476- 0605-19	201907-19	GPR. Seguimiento entrega informe técnicos predios con áreas remanentes identificados en la revisión de carpetas prediales - Seguimiento CMAB-1-476-0368-19.
CMAB-476- 0666-19	201908-09	GPR - Sus comunicaciones GIC-IB-2019-0984; GIC-IB-2019-0942 áreas adicionales, remanentes o predios sobrantes
CMAB-476- 0835-19	201909-27	GPR. Seguimiento entrega informe técnicos predios con áreas remanentes identificados en la revisión de carpetas prediales a septiembre de 2019
CMAB-476- 0852-19	201910-03	GPR. Comunicación GIC-BG-2019-1137. Alternativa a certificado de no desarrollabilidad o concepto de norma de uso

Así mismo, la Parte Convocada señaló que una vez revisado el Anexo No.1 de la demanda arbitral reformada, NO se encontraron soportes de los siguientes treinta y ocho (38) predios:

No.	Identificación	Anexo	No.	Identificación	Anexo
1	CGIC-1-032 A	NO	57	CGIC-3-124	NO
11	CGIC-1-054 A	NO	58	CGIC-3-126 A	NO
12	CGIC-1-055	NO	59	CGIC-3-146	NO
13	CGIC-1-055 A	NO	60	CGIC-3-148	NO
14	CGIC-1-055B	NO	61	CGIC-3-149	NO
37	CGIC-2-300	NO	62	CGIC-3-150	NO
43	CGIC-2-327	NO	63	CGIC-3-150 A	NO
44	CGIC-2-337	NO	64	CGIC-6-166	NO
45	CGIC-2-338	NO	65	CGIC-6-167	NO
46	CGIC-2-339	NO	66	CGIC-6-172	NO
48	CGIC-3-101	NO	67	CGIC-7-181	NO
49	CGIC-3-113 A	NO	68	CGIC-7-182	NO
50	CGIC-3-114	NO	69	CGIC-7-182 A	NO
51	CGIC-3-116	NO	70	CGIC-7-184 A	NO
52	CGIC-3-117	NO	71	CGIC-7-185	NO
53	CGIC-3-118	NO	72	CGIC-7-184 A	NO
54	CGIC-3-121	NO	73	CGIC-7-185D	NO
55	CGIC-3-122	NO	74	CGIC-7-185E	NO
56	CGIC-3-123	NO	75	CGIC-7-195	NO

Señaló la Convocada que revisado el Anexo No.1 de la demanda arbitral reformada, que fue aportado por la Parte Convocante, se encontraron las siguientes observaciones, por lo que solicitó que sean tenidas en cuenta por el Tribunal:

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

- “1. No se encuentra soporte de treinta y ocho (38) predios, los cuales fueron listados en la contestación del hecho anterior.
- “2. La Concesionaria San Rafael a su criterio y a motu proprio, adquirió áreas de terreno sin solicitar la aprobación previa de la Interventoría y/o la ANI, es decir, sin seguir los procedimientos establecidos contractualmente para casos especiales, como se ha venido exponiendo en esta contestación.
- “3. Una vez revisadas las copias digitales de algunas de las carpetas prediales que a la fecha se encuentran en el archivo documental de la ANI y algunos expedientes físicos que reposan en las oficinas del CCO de la Concesionaria, no se encontraron copias de los documentos relacionados en el Anexo No.1 de la demanda arbitral reformada, que soportan las adquisiciones prediales realizadas ni la correspondiente aprobación de la Interventoría y/o la ANI.
- “4. No se aportan pruebas de advertencia, información y solicitud de autorización de adquisición de mayores áreas, como casos especiales, con lo cual se demuestra que no se siguieron los procedimientos establecidos contractualmente.
- “5. Las fichas y planos prediales presentados en el Anexo No.1 de la demanda arbitral reformada, no cuentan con la firma del consultor que elaboró tales insumos ni con la firma correspondiente de su aprobación por parte de la Interventoría.
- “6. A continuación, se detalla la relación de fecha de escrituración de los predios frente a la fecha de expedición de los certificados de no desarrollabilidad:

No.	Identificación	Fecha Escritura	Certificado de No Desarrollabilidad
3	CGIC-1-038 A	4-feb-11	27-nov-15
4	CGIC-1-039 A	4-feb-11	27-nov-15
5	CGIC-1-040 A	4-feb-11	27-nov-15
6	CGIC-1-041	11-dic-08	27-nov-15
7	CGIC-1-044	23-feb-10	5-nov-15
8	CGIC-1-044 B	7-jul-11	5-nov-15
9	CGIC-1-047	9-oct-09	5-nov-15
10	CGIC-1-054	11-dic-08	5-nov-15
15	CGIC-1-059 B	2-feb-09	14-oct-15
16	CGIC-1-059 C	2-feb-09	14-oct-15
18	CGIC-1-060	2-jun-09	14-oct-15
19	CGIC-1-061	27-jun-12	17-jun-15
20	CGIC-1-062	21-may-10	11-abr-13
22	CGIC-1-063 A	25-jul-11	14-oct-15
23	CGIC-1-064	10-may-10	14-oct-15
25	CGIC-1-065	22-ago-12	14-oct-15
26	CGIC-1-067 A	17-nov-11	14-oct-15
27	CGIC-1-072	15-jul-09	14-oct-15
28	CGIC-1-072 A	7-dic-10	14-oct-15
29	CGIC-1-073	13-nov-09	14-oct-15
30	CGIC-1-074	29-dic-08	14-oct-15
33	CGIC-1-076	29-dic-08	14-oct-15
34	CGIC-1-079	24-ago-10	14-oct-15
35	CGIC-1-081	21-oct-08	14-oct-15
36	CGIC-1-088	20-abr-09	14-oct-15
39	CGIC-2-313 A	30-nov-11	14-oct-15
41	CGIC-2-321	28-dic-11	14-oct-15

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)**

42	CGIC-2-323	18-may-12	14-oct-15
47	CGIC-2-333	24-jul-13	14-oct-15

“7. En la siguiente tabla se relaciona la fecha de escrituración de los predios frente a la fecha de expedición de los conceptos técnicos, es de resaltar que en su mayoría estos no cuentan con fecha de elaboración, más en su contenido se evidencia que su elaboración es posterior al 2013:

No.	Identificación	Anexo	Fecha Escritura	Certificado de No Desarrollabilidad	Fecha Informe Técnico
2	CGIC-1-037	SI	27-jun-12	7	20-nov-15
17	CGIC-1-059D	SI	2-feb-09	NO	SIN FECHA
21	CGIC-1-063	SI	23-jun-11	NO	20-nov-15
23	CGIC-1-064	SI	10-may-10	14-oct-15	SIN FECHA

24	CGIC-1-064 A	SI	18-jul-11	NO	SIN FECHA
31	CGIC-1-074 A	SI	26-jul-12	NO	SIN FECHA
32	CGIC-1-075B	SI	6-jul-12	NO	SIN FECHA

“Varios de los certificados de no desarrollabilidad adjuntos en el Anexo No.1 de la demanda arbitral reformada, reportan fechas de adquisición de predio por parte de la Concesionaria San Rafael diferentes a la fecha de registrada en la escritura pública correspondiente, lo cual requiere aclaración por parte de la Oficina de Planeación Municipal correspondiente.

“Los informes o conceptos técnicos de áreas prediales requeridas (chaflanes, rondas hidráulicas, talud, necesidades sociales, entre otros), se encuentran suscritos por el Director de Control Interno de la Concesionaria San Rafael, siendo esta dependencia de naturaleza independiente al área técnica, de construcción o predial del proyecto de construcción Girardot-Ibagué-Cajamarca.

“Como caso particular cabe señalar que en el listado del hecho 74 se encuentra el predio CGIC-1-064, el cual no ha sido finalizada su adquisición predial, la carpeta predial CGIC-1-064 se encuentra en la oficina de la Concesionaria San Rafael, ni se encuentra Concepto Técnico en Anexo No.1 de la demanda arbitral reformada asociado a este predio.

“Dentro de los soportes incluidos en Anexo No.1 de la demanda arbitral reformada se encuentra el informe técnico del predio CGIC-6-165B, la carta de entrega de este no tiene fecha, está dirigida a la Interventoría Consorcio MAB para su revisión y aprobación y no tiene sello de radicación. Valga la pena aclarar que Consorcio MAB inicio actividades como Interventoría el 9 de mayo del 2018, posterior a las fechas de radicación indicadas en el hecho 73, por lo cual este no es un soporte correspondiente a lo indicado por la Concesionaria San Rafael. La pertinencia de la información registrada en el Anexo No.1 de la demanda arbitral reformada queda desvirtuada con esta suma de inconsistencias reportada.

“Por otra parte, se anexaron soportes de predios no relacionados por el Concesionario San Rafael en la tabla relacionada en el numeral 74, los cuales a continuación se listan:

CGIC-2-314; CGIC-2-315; CGIC-2-316; CGIC-2-316A; CGIC-2-317; CGIC-2-317A; CGIC-2-319; CGIC-2-322; CGIC-1-038; CGIC-1-039; CGIC-1-040; CGIC-1-044A; CGIC-1-054B; CGIC-1-054C; CGIC-1-054D; CGIC-6-165B; CGIC-7-283; CGIC- 7-283A; CGIC-7-284; CGIC-2-335; CGIC-2-320E; CGIC-2-320H; CGIC-2-320G; CGIC-5-

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

009; CGIC-1-086; CGIC-2-328; CGIC-2-329B; CGIC-2-332A; CGIC-3- 129; CGIC-7-186; CGIC-7-190.

“Por lo cual este no es un soporte correspondiente a lo indicado por la Concesionaria San Rafael. La pertinencia de la información registrada en el Anexo No.1 de la demanda arbitral reformada queda desvirtuada con esta suma de inconsistencias reportada.

“Los soportes anexados de los predios CGIC-2-318; CGIC-2-328; CGIC-2- 329B; CGIC-2-332A; CGIC-3-129; CGIC-7-186; CGIC-7-190, no contienen ni informe técnico ni certificado de no desarrollabilidad, por lo cual no tienen soporte de adquisición de áreas adicionales.

“La pertinencia de la información registrada en el Anexo No.1 de la demanda arbitral reformada queda desvirtuada con esta suma de inconsistencias reportada.

“Finalmente, los soportes que acreditan la debida compra (certificaciones de no desarrollabilidad e informes técnicos), fueron presentados con fechas posteriores a la adquisición de los predios, por lo cual se demuestra que el Concesionario asumió el riesgo de comprar predios sin contar con los requisitos correspondientes, certificados de no desarrollabilidad, informes técnicos y las correspondientes aprobaciones de la Interventoría y/o Comité Predial, a sabiendas, de acuerdo con las obligaciones, que en casos de errores de identificación y otros, los mayores valores, deben ser reintegrados.

“A continuación, se relacionan treinta y seis (36) predios adquiridos con esta característica:

No.	identificación	Anexo	Fecha Escritura	Certificado de No Desarrollabilidad	Fecha informe Técnico
2	CGIC-1-037	SI	27-jun-12	NO	20-nov-15
3	CGIC-1-038 A	SI	4-feb-11	27-nov-15	NO
4	CGIC-1-039 A	SI	4-feb-11	27-nov-15	NO
5	CGIC-1-0403	SI	4-feb-11	27-nov-15	NO
6	CGIC-1-041	SI	11-dic-08	27-nov-15	NO
7	CGIC-1-044	SI	23-feb-10	5-nov-15	NO
8	CGIC-1-044B	SI	7-jul-11	5-nov-15	NO
9	CGIC-1-047	SI	9-oct-09	5-nov-15	NO
10	CGIC-1-054	SI	11-dic-08	5-nov-15	NO
15	CGIC-1-059B	SI	2-feb-09	14-oct-15	NO
16	CGIC-1-059C	SI	2-feb-09	14-oct-15	NO
17	CGIC-1-059D	SI	2-feb-09	NO	SIN FECHA
18	CGIC-1-060	SI	2-jun-09	14-oct-15	NO
19	CGIC-1-061	SI	27-jun-12	17-jun-15	NO
20	CGIC-1-062	SI	21-may-10	11-abr-13	NO
21	CGIC-1-063	SI	23-jun-11	NO	20-nov-15
22	CGIC-1-063 A	SI	25-jul-11	14-oct-15	NO
23	CGIC-1-064	SI	10-may-10	14-oct-15	SIN FECHA
24	CGIC-1-064 A	SI	18-jul-11	NO	SIN FECHA
25	CGIC-1-065	SI	22-ago-12	14-oct-15	NO
26	CGIC-1-067 A	SI	17-nov-11	14-oct-15	NO
27	CGIC-1-072	SI	15-jul-09	14-oct-15	NO
28	CGIC-1-072 A	SI	7-dic-10	14-oct-15	NO
29	CGIC-1-073	SI	13-nov-09	14-oct-15	NO
30	CGIC-1-074	SI	29-dic-08	14-oct-15	NO
31	CGIC-1-074 A	SI	26-jul-12	NO	SIN FECHA

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)**

32	CGIC-1-075B	SI	6-jul-12	NO	SIN FECHA
33	CGIC-1-076	SI	29-dic-08	14-oct-15	NO
34	CGIC-1-079	SI	24-ago-10	14-oct-15	NO
35	CGIC-1-081	SI	21-oct-08	14-oct-15	NO
36	CGIC-1-088	SI	20-abr-09	14-oct-15	NO
39	CGIC-2-313 A	SI	30-nov-11	14-oct-15	NO
40	CGIC-2-318	SI	7-jul-12	NO	NO
41	CGIC-2-321	SI	28-dic-11	14-oct-15	NO
42	CGIC-2-323	SI	18-may-12	14-oct-15	NO
47	CGIC-2-333	SI	24-jul-13	14-oct-15	NO

“Es importante aclarar que la aprobación o no de las adquisiciones prediales realizadas, no se basa en lo tardío de la entrega de los documentos, sino en la pertinencia y veracidad del contenido de los mismos. Por ejemplo, en el predio CGIC-1-044, se aporta un certificado de no desarrollabilidad por 3,5 Has, con lo que pretenden justificar la adquisición de 1,2 Ha de un predio de 4,6 Ha, cuando el área requerida según diseño era menor a 0,35 Ha”

Posteriormente, mediante oficio No. CMAB-1-476-0359-18 del 18 de octubre de 2018, la Interventoría Consorcio MAB, le solicitó a San Rafael S.A. la entrega de los soportes relacionados con la adquisición de áreas de terreno que por aspectos técnicos o por su naturaleza de no desarrollable, fueron adquiridas para el Proyecto, incluyendo algunos adicionales a las que en su momento pidió la anterior Interventoría. La relación de tales predios es la siguiente:⁶³

No.	Identificación	No.	Identificación
1	CGIC-1-32 A	52	CGIC-2-335
2	CGIC-1-037	53	CGIC-2-337
3	CGIC-1-038 A	54	CGIC-2-338
4	CGIC-1-039 A	55	CGIC-2-339
5	CGIC-1-040 A	56	CGIC-3-101
6	CGIC-1-041	57	CGIC-3-113A
7	CGIC-1-044	58	CGIC-3-114
8	CGIC-1-044B	59	CGIC-3-116
9	CGIC-1-047	60	CGIC-3-117
10	CGIC-1-054	61	CGIC-3-118
11	CGIC-1-054 A, B, C y D	62	CGIC-3-121
12	CGIC-1-055 A	63	CGIC-3-122
13	CGIC-1-055B	64	CGIC-3-123
14	CGIC-1-059B	65	CGIC-3-124
15	CGIC-1-059C	66	CGIC-3-126A
16	CGIC-1-059D	67	CGIC-3-148
17	CGIC-1-060	68	CGIC-3-149
18	CGIC-1-061	69	CGIC-3-150
19	CGIC-1-062	70	CGIC-3-150A
20	CGIC-1-063	71	CGIC-6-166
21	CGIC-1-063 A	72	CGIC-6-167
22	CGIC-1-064	73	CGIC-6-172
23	CGIC-1-064 A	74	CGIC-7-181

⁶³ La Convocante señaló que los soportes que acreditan la compra de los Predios listados –certificados de no desarrollabilidad y/o informes técnicos- y sus valores (\$7.994.644.825,34), se encuentran detallados en el documento Anexo No. 1 que se entregó como parte de las pruebas documentales que acompañaron la demanda arbitral.

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

24	CGIC-1-065	75	CGIC-7-182
25	CGIC-1-067 A	76	CGIC-7-182A
26	CGIC-I-072	77	CGIC-7-184A
27	CGIC-1-072 A	78	CGIC-7-185
28	CGIC-I-073	79	CGIC-7-185D
29	CGIC-I-074	80	CGIC-7-185E
30	CGIC-1-074 A	81	CGIC-7-193
31	CGIC-1-075B	82	CGIC-7-195
32	CGIC-I-076	83	CGIC-7-280
33	CGIC-I-079	84	CGIC-7-283
34	CGIC-I-081	85	CGIC-7-283A
35	CGIC-I-088	86	CGIC-7-284
36	CGIC-2-300		
37	CGIC-2-313		
38	CGIC-2-313 A		
39	CGIC-2-314		
40	CGIC-2-315		
41	CGIC-2-316		
42	CGIC-2-316 A		
43	CGIC-2-317		
44	CGIC-2-317 A		
45	CGIC-2-318		
46	CGIC-2-319		
47	CGIC-2-321		
48	CGIC-2-322		
49	CGIC-2-323		
50	CGIC-2-327		
51	CGIC-2-333		

La Parte Convocada señaló que mediante comunicación No. GIC-IB-2018-0877 de 13 de noviembre de 2018, la Concesionaria dio respuesta a la solicitud efectuada por la Interventoría Consorcio MAB, indicando que la información requerida sería presentada de manera paulatina como había sido acordado en el cronograma de entrega de carpetas prediales, no obstante que el requerimiento anterior ya se había satisfecho.

Sin embargo, la Parte Convocada dijo que la citada comunicación del Concesionario No. GIC-IB-2018-0877 de 13 de noviembre de 2018, no dio respuesta de fondo a lo solicitado por la Interventoría en su comunicación CMAB-476-0359-18, sino que por el contrario, solo justifica la ausencia de documentación soporte en las carpetas prediales e informa que esta documentación será entregada de forma gradual, tomando como referencia el cronograma de entrega de carpetas prediales presentado por la Interventoría y aprobado por la Concesionaria previamente. La Convocada reiteró que *“El trabajo realizado por la Interventoría Consorcio MAB, tiene entre otros, el objetivo de alcanzar el cierre predial, el cual corresponde a la actividad de la entrega a la ANI, de la totalidad de las carpetas prediales, donde repose toda la información soporte de la adquisición realizada en las áreas de terreno requeridas por el proyecto, con miras a la reversión y liquidación del Contrato de Concesión 007 de 2007. Es decir, no se trata de entregar expedientes por entregar, sino de verificar la correcta adquisición predial, por lo tanto, es obligación de la Interventoría, requerir al Concesionario, la subsanación de información en los casos donde se identifican inconsistencias o soportes faltantes, y en su defecto, al no anexar esta documentación*

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

soporte o justificación suficiente, realizar la solicitud del correspondiente reintegro de los valores pagados en exceso, como ha venido sucediendo.”

La Parte Convocante señaló que entre la solicitud de la Interventoría ejercida por el Consorcio Interconcesiones y la entrega de la información requerida por la Interventoría Consorcio MAB, le fueron aceptados o aprobados los soportes entregados por San Rafael S.A. en relación con los expedientes contentivos de la compra de los siguiente treinta y siete 37 predios:⁶⁴

PREDIOS CUYOS SOPORTES HAN SIDO ACEPTADOS POR LA INTERVENTORÍA /ANI	
No.	Identificación
1	CGIC-1-044
2	CGIC-1-044 Ay B
3	CGIC-1-054
4	CGIC-1-054 B y C
5	CGIC-1-055
6	CGIC-1-055A
7	CGIC-1-055B
8	CGIC-1-059B
9	CGIC-1-059C
10	CGIC-1-059D
11	CGIC-1-060
12	CGIC-1-061
13	CGIC-1-063A
14	CGIC-1-064A
15	CGIC-1-067A
16	CGIC-1-072
17	CGIC-1-072A
18	CGIC-1-074
19	CGIC-1-074A
20	CGIC-1-075B
21	CGIC-1-076
22	CGIC-1-079
23	CGIC-1-081
24	CGIC-2-314
25	CGIC-2-337
26	CGIC-3-113A
27	CGIC-3-116
28	CGIC-3-118
29	CGIC-3-122
30	CGIC-3-123
31	CGIC-3-124
32	CGIC-3-146
33	CGIC-6-166
34	CGIC-6-167
35	CGIC-6-172
36	CGIC-7-181
37	CGIC-7-185

⁶⁴ Los soportes que acreditan lo descrito en dicha Tabla se encuentran igualmente incluidos en el Anexo No. 1 de la demanda arbitral.

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

No obstante, la Parte Convocada señaló que era parcialmente cierto, ya que, a la fecha de la contestación de la demanda, del listado mencionado por el Concesionario se encontraban sin aprobación las siguientes carpetas prediales, sumado a que estos predios fueron utilizados por el Concesionario San Rafael para siembra de árboles para compensación forestal, contradiciendo los fines legales de la adquisición por utilidad pública de la Ley 9 de 1989:

No	Identificación	Estado	Compensación Forestal
4	CGIC-1-054 B Y C	Con observación de Interventoría y a la espera de subsanación del Concesionario	SI
6	CGIC-1-055 A	Con observación de Interventoría y a la espera de subsanación del Concesionario	SI
7	CGIC-1-055 B	Con observación de Interventoría y a la espera de subsanación del Concesionario	SI

Igualmente, la Parte Convocada señaló que, si bien la Interventoría Interconcesiones aprobó la entrega a la ANI de carpetas prediales, es obligación contractual de la Interventoría Consorcio MAB la revisión del cien por ciento (100%) de las mismas, por lo cual decir que estas ya se encuentran aprobadas no es correcto. De igual forma, señaló, que se relacionan diecinueve (19) carpetas prediales aprobadas por la Interventoría Interconcesiones que fueron objeto de compensación forestal, y a continuación, relacionó trece (13) carpetas prediales aprobadas por la Interventoría Interconcesiones, las cuales dijo que serían objeto de revisión nuevamente por la Interventoría Consorcio MAB dentro de las obligaciones contractuales señaladas en su contrato de Interventoría, entre otras, porque con la revisión del Anexo No. 1 de la demanda reformada, se identificó que no se cuenta con la totalidad de los soportes definidos contractualmente.

Así mismo, la Parte Convocante señaló que, pese a que entregó la documentación requerida por la Interventoría, a la fecha de la presentación de la demanda arbitral reformada, no había sido extendida la aprobación de los expedientes contentivos de las compras de los siguientes 26 predios:

No.	Identificación	No.	Identificación
1	CGIC-1-086*	14	CGIC-3-126A
2	CGIC-2-313	15	CGIC-3-129*
3	CGIC-2-313 ^a	16	CGIC-5-009*
4	CGIC-2-318	17	CGIC-7-182
5	CGIC-2-319	18	CGIC-7-185D
6	CGIC-2-321	19	CGIC-7-186*
7	CGIC-2-322	20	CGIC-7-190*
8	CGIC-2-323	21	CGIC-7-195
9	CGIC-2-328*	22	CGIC-2-320H (Mejora)*
10	CGIC-2-333	23	CGIC-2-329B (Mejora)*
11	CGIC-2-338	24	CGIC-2-332A (Mejora)*
12	CGIC-2-339	25	CGIC-2-320E (Mejora)*
13	CGIC-3-101	26	CGIC-2-320G (Mejora)*

Los predios identificados con asterisco (*), corresponden a aquellos que antes no habían sido objeto de mención por las Interventorías.

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

Por su parte, la Convocante señaló que la información de esos 26 predios fue extraída de la comunicación CMAB-1-476-0605-19 del 19 de julio de 2019 e indicó que las certificaciones de no desarrollabilidad de los predios que aún son objeto de glosas (expedidas por las Secretarías de Planeación de los distintos Municipios) y/o los informes técnicos prediales elaborados por los especialistas que dieron cuenta de las razones por la cuales se adquirieron los terrenos, se encuentran en el Anexo No. 1 entregado como parte de las pruebas documentales que se acompañaron con la demanda arbitral.

La Convocada, por el contrario, manifestó que las carpetas prediales señaladas no cuentan con el correspondiente Visto Bueno de la Interventoría, pues no cumplen con la totalidad de la documentación requerida y/o por tener inconsistencia o errores de información. De igual forma, dijo que, de las veintiséis (26) carpetas prediales, se debe señalar que adicional a la falta de informe técnico que justifique la adquisición de áreas adicionales o remanentes, algunos predios fueron utilizados para la siembra de árboles enmarcados en la obligación ambiental de compensación forestal lo que va en contra de la Ley 9 de 1989, como fue informado por el Concesionario en Comité Predial del 17 de mayo de 2019. La Parte Convocada relacionó las trece (13) carpetas del listado presentado, que cuentan por arboles sembrados por compensación forestal.

No.	Identificación	Observación
1	CGIC-1-086*	COMPENSACIÓN FORESTAL
2	CGIC-2-313	COMPENSACIÓN FORESTAL
3	CGIC-2-313 A	COMPENSACIÓN FORESTAL
4	CGIC-2-318	COMPENSACIÓN FORESTAL
5	CGIC-2-319	COMPENSACIÓN FORESTAL
6	CGIC-2-321	COMPENSACIÓN FORESTAL
7	CGIC-2-322	COMPENSACIÓN FORESTAL
8	CGIC-2-323	COMPENSACIÓN FORESTAL
9	CGIC-2-328*	COMPENSACIÓN FORESTAL
10	CGIC-2-333	COMPENSACIÓN FORESTAL
12	CGIC-2-339	COMPENSACIÓN FORESTAL
13	CGIC-3-101	COMPENSACIÓN FORESTAL
17	CGIC-7-182	COMPENSACIÓN FORESTAL

A continuación, la Convocada listó las trece (13) carpetas restantes, las cuales hacen parte de las carpetas pendientes de subsanación de observaciones (informe técnico, certificado de no desarrollabilidad, entre otros).

No.	Identificación	Observación
14	CGIC-3-126 A	INFORME TÉCNICO
15	CGIC-3-129*	INFORME TÉCNICO
16	CGIC-5-009*	INFORME TÉCNICO
18	CGIC-7-185 D	INFORME TÉCNICO
19	CGIC-7-186*	INFORME TÉCNICO
20	CGIC-7-190*	INFORME TÉCNICO
21	CGIC-7-195	INFORME TÉCNICO
22	CGIC-2-320H (mejora)*	INFORME TÉCNICO

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

23	CGIC-2-329 B (mejora)*	INFORME TÉCNICO
24	CGIC-2-332 A (mejora)*	INFORME TÉCNICO
25	CGIC-2-320E (mejora)*	INFORME TÉCNICO
26	CGIC-2-320G (mejora)*	INFORME TÉCNICO
11	CGIC-2-338	INFORME TÉCNICO

Igualmente, la Parte Convocada dijo que, de las trece (13) carpetas sin aprobación del listado relacionado por el Concesionario, nueve (9) carpetas fueron entregadas por primera vez a la Interventoría Consorcio MAB para revisión y aprobación, por lo cual no se ha generado controversia respecto al reintegro de valores, puesto que solo se le ha requerido completar la información de justificación de adquisición predial. Es claro, dijo, que en el caso en el que no se entregue dicha información o esta no sea aprobada por la Interventoría, se requerirá el reintegro de los mayores valores.

Finalmente, en la contestación de la demanda, la Parte Convocada relacionó las siguientes comunicaciones enviadas a la Concesionaria mediante las cuales señaló que la Interventoría solicitó la entrega de informes técnicos y demás soportes que justifiquen la adquisición de áreas remanentes:

Comunicación	Fecha	Respuesta
CMAB-476- 0129-20	202002-05	GPR. Seguimiento comunicación GIC-IB-2020-0019. Informes Técnicos predios CGIC-1-064A y CGIC-1-090.
CMAB-476- 0202-19	201903-13	GPR. Revisión concepto sobre informe de áreas adicionales, áreas remanentes y predios sobrantes proyecto GIRARDOT-IBAGUE - CAJAMARCA
CMAB-476- 0205-18	201808-24	GPR. Su comunicación GIC-IB-2018-0550. Concepto insumos técnicos fichas prediales predios CGIC-2-362 A, CGIC-2-363 A y CGIC-2-369 A
CMAB-476- 0218-18	201808-29	GPR. Solicitud informe técnico predios C-GIC-1- 090 y C-GIC-1-091
CMAB-476- 0359-18	201810-17	GPR. Requerimiento soportes adquisición áreas remanentes
CMAB-476- 0390-19	201905-17	GPR Solicitud actualización certificados norma de uso del suelo
CMAB-476- 0393-19	201905-17	GPR. Seguimiento avance revisión y entrega de carpetas prediales a la ANI
CMAB-476- 0483-18	201812-06	GPR. Su comunicación GIC-IB-2018-0922. Concepto insumos técnicos fichas prediales predios CGIC-2-370, CGIC-2-371, CGIC- 2-372 y CGIC-2-373.
CMAB-476- 0605-19	201907-19	GPR. Seguimiento entrega informe técnicos predios con áreas remanentes identificados en la revisión de carpetas prediales - Seguimiento CMAB-1-476-0368-19.
CMAB-476- 0666-19	201908-09	GPR - Sus comunicaciones GIC-IB-2019-0984; GIC-IB-2019-0942 áreas adicionales, remanentes o predios sobrantes
CMAB-476- 0835-19	201909-27	GPR. Seguimiento entrega informe técnicos predios con áreas remanentes identificados en la revisión de carpetas prediales a septiembre de 2019
CMAB-476- 0852-19	201910-03	GPR. Comunicación GIC-BG-2019-1137. Alternativa a certificado de no desarrollabilidad o concepto de norma de uso

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)**

Como también lo señaló el señor Agente del Ministerio Público, es relevante la declaración rendida en la audiencia celebrada el 20 de agosto de 2020 por la testigo DIANA GUTIERREZ DE PIÑERES, Ingeniera del Grupo Interno de Trabajo Predial de la ANI, quien interrogada por el Tribunal señaló lo siguiente:

“DRA. MELO: Qué pena, con la venia de la señora presidente quiero preguntarle, se me pasó, sobre las áreas remanentes, ¿la interventoría ya revisó y tiene claro o tiene identificado cuántos predios fueron comprados “irregularmente” sin cumplir con los requisitos señalados en el artículo 34 del contrato para la adquisición de los predios?

SRA. GUTIÉRREZ: No se ha terminado de hacer la revisión de las carpetas, no se han entregado todos los expedientes por parte del concesionario, entonces no tenemos ese dato final.

DRA. MELO: Pero ¿de lo que ya llevan entregado y revisado tiene algún dato aproximado, cuántas áreas, cuántos predios son?

SRA. GUTIÉRREZ: Creo que pueden estar alrededor de 110 predios, según una cuenta que hicimos hace poco, que tuvieran temas de áreas remanentes, son 110 predios en los que expliqué en algún momento no se ha entregado toda la información, entonces es importante como revisar que se tengan los informes técnicos, los informes de no desarrollabilidad, solo en ese momento cuando se entrega al expediente completo se puede determinar si la justificación es suficiente o no para determinar si es un área bien adquirida o no.

DRA. MELO: Bien. ¿Y de esos expedientes o de esos 110 predios aproximadamente ustedes han adelantado algún requerimiento al concesionario para que complete la información y qué ha requerido el concesionario?

SRA. GUTIÉRREZ: Se han requerido varias veces, tratamos de hacer... trimestral como con el balance de las carpetas que se han devuelto para subsanar, el concesionario, no tengo presente que nos haya respondido ni cuando las voy a entregar ni en qué momento, si estoy de acuerdo o no, hemos hecho también solicitudes sobre predios particulares, por ejemplo, tenemos un caso de un predio que ya se entregó la carpeta a la ANI y que identificamos que no está el soporte del informe técnico, entonces se solicitó tanto el informe técnico para tener la claridad de esa adquisición y que si no se presentaba se reintegrara el valor.

DRA. MELO: O sea, solamente tienen identificado hasta ahora un predio porque falta la información, pero todavía el concesionario no les ha respondido, pero todavía no pueden determinar efectivamente porque falta el informe técnico no pueden determinar efectivamente que es previo remanente o que no es predio remanente, se compró el exceso.

SRA. GUTIÉRREZ: Ese no es el único predio del que hemos pedido información, lo tengo presente en este momento, pero es uno de los ejemplos, hemos pedido así con exactitud, no tengo la cifra exacta, pero puede ser alrededor de unos... de muchos de los predios se ha pedido el informe técnico, entonces siempre que le estoy... que es el predio 064, si no estoy mal es el B, que se solicitó el informe técnico, el concesionario lo entregó, le dijimos, no es suficiente, el concesionario dijo lo voy a revisar con mi especialista hidráulico, porque tiene un tema hidráulico, lo volvió a entregar, se lo volvimos a devolver y está pendiente como la subsanación.

DRA. MELO: Bueno. Pero todavía... (Interpelado)

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)**

SRA. GUTIÉRREZ: ... específico.

DRA. MELO: Pero actualmente se puede hablar, actualmente la interventoría puede decir que existe predios que se compraron en exceso, o sea, pueden determinar, no sé por la documentación que existe predios que efectivamente se compraron en exceso o todavía falta complementar la información, o sea, todavía usted no puede determinar que fueron compradas en exceso porque falta información, no porque estando la información no cumple con el requisito por para haberlo adquirido, o sea, usted ya puede decir que fueron comprados en exceso, eso es lo que quiero que me diga, usted ya tiene claro que fueron comprados en exceso o falta información y todavía no pueden decirme.

SRA. GUTIÉRREZ: Qué pasa, que un predio en el que ya le han entregado un informe técnico, pero que ese informe técnico no es suficiente, uno ya lo determina como en exceso, qué pasa, que el concesionario después puede entregar otro soporte en el que ya se establezca, pero con la información que tenemos ahora sí hemos establecido que hay unos predios que se compraron en exceso y fue algunos ejemplos que pusimos dentro de la demanda.

DRA. MELO: Okey. Aproximadamente 110 predios... (Interpelado)

SRA. GUTIÉRREZ: ... no de esos 110 que le digo no son los que nosotros creemos que están en exceso, sino que en una revisión conjunta que hicimos con el concesionario, estos 110 predios podrían tener áreas remanentes en exceso, de esos cuáles están determinados ya a finalmente y definitivamente, eso sí ya no lo tengo."

Así mismo, también es relevante la declaración rendida el 21 de agosto de 2020 por la testigo ADRIANA OSORIO, Directora Jurídica de la CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A., quien al ser interrogada por una de las Partes señaló lo siguiente:

"DR. PATIÑO: Doctora la pregunta es si en vigencia del modificadorio No.1 se requería aprobación previa de la interventoría o del comité predial para poder adquirir áreas en exceso por parte del concesionario San Rafael.

SRA. OSORIO: Pues en esencia debería tener la aprobación de la interventoría.

DR. PATIÑO: ¿Sabe usted si todas las compras realizadas en exceso cuentan con esa aprobación previa de la interventoría o del comité predial?

SRA. OSORIO: Doctor, no tienen la aprobación de la interventoría, pues sí, hay unas, sí tienen la aprobación porque la ficha y el plano van suscrito... aprobados por la interventoría, pero en específico, o sea, le recuerdo lo que dije atrás, en específico la reclamación por adquisición de áreas remanentes se generó fue en el 2013 entonces no era posible que la interventoría tuviera aprobación pues porque no hacían los comités, ellos tenían la obligación de citar al comité, la ANI y la Interventora y pues no lo citaron.

DR. PATIÑO: Todos, por favor responda si le consta, si todas las adquisiciones en exceso contaron con la aprobación previa de la interventoría y eso consta en la respectiva carpeta predial.

SRA. OSORIO: No, todas no tienen la aprobación de la interventoría."

(...)

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

DR. PATIÑO: ¿Sabe usted si en las respectivas carpetas prediales consta esa aprobación de la interventoría frente a las áreas remanentes con justificación técnica?

SRA. OSORIO: Si hablamos de las áreas adquiridas antes del 2013 no, pero si hablamos de las de la segunda calzada sí.”

Como se puede observar de todo lo anterior, las Partes siguen adelantado el proceso de revisión de la gestión predial la cual, entonces, no ha concluido. A esa misma conclusión ha arribado el Señor Agente del Ministerio Público, para quien *“es evidente que el proceso de revisión de este tema aún no ha terminado y con los elementos de juicio obrantes en el expediente no podría decirse cuales bienes fueron bien adquiridos para que se paguen con los recursos del Proyecto o cuáles de ellos fueron adquiridos en exceso y deben ser considerados como de propiedad de la Concesionaria”*, como lo estipula el contrato de Concesión.

Por lo tanto, todas y cada una de las áreas adquiridas no pueden ser convalidadas por el Tribunal porque están sujetas a que el Concesionario certifique ante la ANI, la condición que determina la obligatoriedad o necesidad ineludible de su adquisición.

En tal virtud, **no es posible declarar, como se pide en la Pretensión Tercera**, que la gestión predial adelantada por la Concesionaria San Rafael S.A. en el periodo comprendido entre el 21 de diciembre de 2007, fecha de inicio de ejecución del Proyecto, y el 23 de enero de 2013, fecha de la primera comunicación extendida por la Interventoría, debe entenderse como ajustada en un todo a las exigencias estipuladas en las Cláusula 34 del Contrato de Concesión No. 007 de 2007 y en el Modificadorio No.1 de fecha 24 de abril de 2008.

Consecuencialmente, **tampoco es posible declarar en este momento, como se solicita en la Pretensión Octava**, que la Concesionaria San Rafael S.A. no está obligada a reintegrar a la Subcuenta Predios del Patrimonio Autónomo FC Concesionaria San Rafael administrado por la Fiduciaria Colpatria S.A. los dineros invertidos en la compra de terrenos por razones técnicas o por su naturaleza de remanentes resultantes de la afectación generada por la construcción de las vías que integran el Proyecto de Concesión Vial Ibagué-Girardot-Cajamarca.

Por las mismas razones, el Tribunal **no declarará probada la excepción formulada por la Parte Convocada conforme a la cual “EL CONCESIONARIO HA INCUMPLIDO SUS OBLIGACIONES PEDIALES RELACIONADAS CON LA ADQUISICIÓN DE PEDIOS POR RAZONES TÉCNICAS O POR SU NATURALEZA DE REMANENTES, EXCEDIENDO SUS FACULTADES CONTRACTUALES Y CONTRAVINIENDO EL TEXTO DEL CONTRATO.”**

En suma, el Tribunal **accederá integralmente a las pretensiones Primera, Segunda, Cuarta, Quinta, Sexta y Séptima** -parcialmente- y **negará las pretensiones Tercera y Octava de este Grupo de Pretensiones.**

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)**

4.5 LAS PRETENSIONES DEL GRUPO “VI.5 DECLARATIVAS CONCERNIENTES A LA COMPENSACIÓN FORESTAL.

En el presente acápite el Tribunal se refiere a las pretensiones de la Concesionaria relacionadas con la Compensación forestal, consignadas en el capítulo VI.5. (págs. 10 y 11) de la demanda reformada, que se formularon en los siguientes términos:

“VI.5 PRETENSIONES DECLARATIVAS CONCERNIENTES A LA COMPENSACIÓN FORESTAL (REFORESTACIÓN)

PRIMERA: Se declare que el documento CONPES 3107 de 2001 “Política de Manejo de Riesgo Contractual del Estado para Procesos de Participación Privada en Infraestructura” fijó la Política de Riesgos que le fue aplicada a los Contratos de Concesión de Tercera Generación.

SEGUNDA: Se declare que el documento CONPES 3107 de 2001 “Política de Manejo de Riesgo Contractual del Estado para Procesos de Participación Privada en Infraestructura” fijó, con carácter imperativo, como uno de sus lineamientos el que los Riesgos deben ser identificados y asignados claramente a las Partes en los contratos.

TERCERA: Se declare que el documento CONPES 3107 de 2001 “Política de Manejo de Riesgo Contractual del Estado para Procesos de Participación Privada en Infraestructura” en cuanto hace al Riesgo denominado Ambiental dispuso que dicho Riesgo se situaría en cabeza del inversionista –Concesionario- siempre y cuando previo al cierre del proceso licitatorio, se contara con las resoluciones respectivas (Licencias Ambientales).

CUARTA: Se declare que el Proyecto objeto del Contrato de Concesión No. 007 de 2007 al momento de ser adjudicada la Licitación Pública No. INCO SEA –L-007-2006 NQ contaba con Licencias Ambientales tal y como lo señala la Cláusula 35 del Contrato.

QUINTA: Se declare que según lo dispone el numeral 1.70 de la Cláusula 1 del Contrato de Concesión No. 007 de 2007 el Riesgo Contractual por Obligaciones Ambientales está asociado de manera directa a las obligaciones que emanan de las Licencias Ambientales, de los Planes de Manejo Ambiental y de la Evolución de las Tasas del Uso del Agua y Retributivas durante la Construcción y Operación del Proyecto.

SEXTA: Se declare que según lo disponen el documento CONPES 3107 de 2001 y la Cláusula 35 del Contrato de Concesión No. 007 de 2007 el Riesgo Contractual por Obligaciones Ambientales no fue asignado a la Concesionaria San Rafael S.A. y por tanto los efectos favorables o desfavorables que connoten las obligaciones sobrevinientes que imponen las Licencias Ambientales corren a cargo de la Agencia Nacional de Infraestructura.

SÉPTIMA: Se declare que el Contrato de Concesión No. 007 de 2007 en su Cláusula 1 numeral 1.83 al definir y delimitar los alcances de la Subcuenta Ambiental no previó la asignación de recursos para la compra de predios destinados a la Compensación Forestal fijada por las Licencias Ambientales que se otorgasen para la ejecución del Proyecto “Girardot-Ibagué-Cajamarca”.

OCTAVA: Se declare que las Licencias Ambientales recogidas en las Resoluciones No. 1221 de 11 de Julio de 2008, 1763 de 9 de octubre de 2008, 943 de 26 de mayo de 2011, 2345 del 28 de diciembre de 2012, 045 de 23 de enero de 2013, 1502 del 19 de junio de 2015 y 985 del 11 de agosto de 2016, fijaron como una obligación a cargo

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)**

de la Concesionaria San Rafael S.A. la de adelantar actividades de Compensación Forestal en un área total de 218.89 hectáreas.

NOVENA: Se declare que según el Contrato de Concesión No. 007 de 2007 y las definiciones que éste da a la Subcuenta Ambiental y las precisiones que hace sobre los recursos en ella depositados no existe a cargo de la Concesionaria San Rafael S.A. la obligación de adquirir los predios necesarios para dar cabal cumplimiento a la actividad de Compensación Forestal fijadas en las Resoluciones identificadas en la Pretensión Octava anterior.

DÉCIMA: Se declare que para dar cabal cumplimiento a la obligación de Compensación Forestal que imponen las Licencias Ambientales extendidas para la ejecución del Proyecto de Concesión Vial “Girardot-Ibagué-Cajamarca” la Agencia Nacional de Infraestructura-ANI debía proveer a la Concesionaria San Rafael S.A. los predios necesarios para efectuarla y/o los recursos monetarios suficientes para adquirir las áreas de terreno sobre las cuales efectuara la Compensación Forestal exigida por ellas.

DÉCIMA PRIMERA: Se declare que la obligación derivada del aprovechamiento forestal -autorizado por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial en las Licencias Ambientales extendidas para la ejecución del Proyecto de Concesión Vial Girardot-Ibagué-Cajamarca-, esto es, la compensación ambiental en reforestación protectora por la afectación de la cobertura vegetal, podía ser cumplida, como en efecto ocurrió, mediante el aprovechamiento de las áreas remanentes adquiridas para el Proyecto por la Concesionaria San Rafael S.A.

DÉCIMA SEGUNDA: Se declare, como consecuencia del despacho favorable de la pretensión anterior, que en tanto la Concesionaria adelantó la siembra y demás actividades correspondientes a la Compensación Forestal sobre una extensión de 107,5 hectáreas en las áreas remanentes adquiridas para el Proyecto, la Concesionaria ha venido cumpliendo en representación de la Agencia Nacional de Infraestructura la obligación de la Compensación Forestal de que tratan las Licencias Ambientales extendidas para la ejecución del Proyecto de Concesión Vial “Girardot-Ibagué-Cajamarca”.

DÉCIMA TERCERA: Que como consecuencia de la prosperidad de las dos anteriores Pretensiones se declare que para dar cabal cumplimiento a la obligación de Compensación Forestal que imponen las Licencias Ambientales extendidas para la ejecución del Proyecto de Concesión Vial “Girardot-Ibagué-Cajamarca” la Agencia Nacional de Infraestructura-ANI debe proveer a la Concesionaria San Rafael S.A. de los predios representativos del área faltante, en extensión de 111,39 hectáreas, o de los recursos monetarios suficientes para adquirirlos y realizar sobre ellos la Compensación Forestal exigida.

PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA DÉCIMA PRIMERA; DÉCIMA SEGUNDA Y DÉCIMA TERCERA: En caso de no ser accedidas las Pretensiones Décima Primera, Décima Segunda y Décima Tercera anteriores se declare que la Agencia Nacional de Infraestructura debe poner a disposición de la Concesionaria San Rafael S.A. bien las áreas requeridas para cumplir con la obligación ambiental de Compensación Forestal, en extensión de 218,89 hectáreas, ora los recursos monetarios suficientes para adquirirlas con tal propósito”.

4.5.1. Lo solicitado por la Convocante.

Efectuada una lectura integral de las pretensiones relacionadas con la compensación forestal (reforestación), el Tribunal concluye que lo que la Convocante persigue con esta

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)**

parte de su demanda es, en primer lugar, que se declare que, de acuerdo con lo ordenado en los documentos CONPES 3177 y 3133 de 2001 y lo pactado en el Contrato de Concesión, el riesgo de las obligaciones ambientales le corresponde a la ANI, en tanto no le fue asignado a la Concesionaria. Asimismo, que, se declare que, en la definición de la Subcuenta Ambiental, no se previó la asignación de recursos por la Concesionaria para la compra de los predios necesarios para la realización de la actividad de compensación y, por tanto, que no existe a cargo de la Concesionaria “la obligación de adquirir” *los predios destinados a la compensación forestal que se derivan de las licencias ambientales*.

En segundo lugar, la Convocante pretende que se declare que le corresponde a la ANI proveer a la Concesionaria los predios y/o los recursos necesarios para adquirir las áreas sobre las cuales se debe dar cumplimiento a las actividades de compensación forestal establecidas en las licencias ambientales y que, además, se declare que esta obligación podía cumplirse en las áreas remanentes adquiridas para el proyecto.

Finalmente, y como consecuencia de lo anterior, solicita que el Tribunal declare que la Concesionaria ha venido cumpliendo con la obligación de Compensación Forestal de que tratan las licencias ambientales referidas y, de otra que, para dar cumplimiento a esa obligación, la ANI debe proveer los predios representativos del área faltante (111,39 Ha) o, los recursos suficientes para adquirirlos.

Como ya se señaló, la Convocante en el Capítulo VII.7 (páginas 37 a 43 de la Demanda Reformada) consignó los fundamentos de hecho que soportan las pretensiones relativas a la compensación Forestal (reforestación); sin embargo, en aras de claridad, se destacan los siguientes argumentos y afirmaciones:

- La Concesionaria no tiene la obligación de comprar los “*predios necesarios para efectuar actividades de Compensación Forestal*”. Lo anterior se desprende de lo dispuesto en la Cláusulas 1ª (numerales 1.52; 1.83 y 1.70), 7ª (numeral 7.4); 10ª (numerales 10.12, 10.14, 10.58 y 10.59) y, 35ª (numeral 35.1) del Contrato (hechos 81 a 84 de la demanda reformada)
- Los documentos CONPES 3107 del 3 de abril de 2001 y 3133 de 3 de septiembre 2001, *ambos sobre la Política de Manejo de Riesgo Contractual del Estado para Procesos de Participación Privada* establecen los lineamientos que deben acatarse en materia de riesgo ambiental en los contratos de concesión de tercera generación.

Estos documentos disponen, que el Riesgo Ambiental estará en cabeza del Concesionario cuando, previo al cierre del proceso licitatorio, la entidad cuente con “*las resoluciones mediante las cuales se hayan otorgado las Licencias Ambientales*” y que, “*los efectos derivados de la activación de dicho Riesgo*” se situarán en cabeza de la Entidad Estatal en “*todos aquellos casos en los que al momento del cierre de la Licitación Pública el Proyecto no contara con Licencia Ambiental*” (CONPES 3133). En el presente caso, al momento de ser adjudicado este Contrato, la entidad NO contaba con las Licencias Ambientales. (Ver hechos 85 a 90 de la demanda reformada).

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)**

- La Concesionaria obtuvo las Licencias Ambientales No. 1221 de 11 de Julio de 2008, 1763 de 9 de octubre de 2008, 943 de 26 de mayo de 2011, 2345 del 28 de diciembre de 2012, 045 de 23 de enero de 2013, 1502 de 19 de junio de 2015 y 985 de 11 de agosto de 2016. En dichas resoluciones la Autoridad Ambiental fijó, como parte de las obligaciones ambientales, la Compensación Forestal (reforestación) precisando las hectáreas (Ha) de compensación que debían realizarse en cada una, que sumadas arrojan un Total 218,89 Ha e impuso la obligación de concertar con CORTOLIMA el Plan de Establecimiento y Mantenimiento Forestal (Hechos 91 a 94), concertación en la que se estableció, según consta en el Acta de concertación del 31 de enero de 2014, que no existían terrenos disponibles para adelantar la Reforestación ordenada, sobre las áreas de propiedad de CORTOLIMA.
- La Concesionaria decidió efectuar la compensación forestal en áreas adquiridas por la Concesionaria en desarrollo de la gestión predial y disponibles para el proyecto y de titularidad de la ANI, que resultaron de terrenos de naturaleza remanente o que fueron calificadas como necesarias por razones técnicas.
- La Concesionaria desde el año 2008 ha venido cumpliendo con esta obligación en los términos indicados, en un área aproximada de 107.5 Ha, sin que desde ese momento y hasta el año 2015, la entidad concedente y/o la Interventoría, hayan manifestado inconformidad. Solamente en febrero de 2015, la Interventoría efectuó una glosa respecto del cumplimiento de esta actividad y, pese a contar con toda la información relacionada con el cumplimiento de la actividad de Compensación Forestal, de 107,5 hectáreas, cuestionó que la misma se hubiera adelantado en “*áreas remanentes del proyecto*”

La Concesionaria se opone a estas críticas porque considera que la actividad cumple con su cometido ambiental.

En julio de 2019, la Interventoría (Consorcio MAB) extendió una nueva comunicación (CMAB-1-476-0605-19) en la que manifestó que “*constatada la naturaleza de área remanente de una específica área o de ser necesaria por razones de orden técnico, uno u otro tipo de inmuebles podían ser utilizados para los efectos de cumplir la Compensación Forestal exigida en las Licencias Ambientales siempre y cuando mediara la autorización del titular (ANI) para darles tal destino*”. Afirma que esta última comunicación fue conocida por la Concesionaria según consta en el oficio GIC-IB-2019-1133 radicada en las oficinas de la Interventoría Consorcio MAB el 18 de septiembre de 2019. (Hechos 95 a 105)

4.5.2. La oposición de la ANI.

La ANI por su parte, se opone a las pretensiones y formula la excepción de “Incumplimiento del Concesionario” de las “OBLIGACIONES DE COMPENSACIÓN FORESTAL” y afirma que ésta contraviene “EL TEXTO DEL CONTRATO Y LAS OBLIGACIONES A SU CARGO ESTABLECIDAS EN LAS LICENCIAS AMBIENTALES”. Su oposición se soporta en lo siguiente:

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)**

- El Contrato le impone a la Concesionaria: i) el deber de cumplir con todas las obligaciones impuestas en la licencia ambiental, dentro de las que se encuentran la de realizar los planes de compensación forestal (como es la reforestación protectora), cuyas áreas deben ser concertadas con CORTOLIMA, así como buscar las alternativas para cumplir con esta obligación; ii) la obligación de destinar los recursos de la Subcuenta Ambiental al cumplimiento de todas las obligaciones ambientales que emanan de la licencia, por lo que se entiende que la compensación forestal debe ser cubierta con recursos de esta subcuenta (cláusula 1.83,); iii) el deber de realizar y sufragar con cargo a la Subcuenta Ambiental, todos los costos y gastos necesarios para cumplimiento de las obligaciones Ambientales y la prohibición de cubrirlos con cargo a la Subcuenta de Predios (cláusula 35.10); y, iv) la prohibición de utilizar las áreas remanentes o en exceso, adquiridas con cargo a la subcuenta Predial, con recursos públicos, por motivos de utilidad pública y destinación de uso público, para actividades diferentes a la construcción de infraestructura vial, cuestión que significa, la prohibición de adelantar en dichas áreas, la actividad de compensación forestal a cargo de la Concesionaria. Lo anterior permite concluir que el Contrato contempla como obligación de la Concesionaria, la compra de predios para hacer las actividades de compensación forestal.
- En la matriz de riesgos del Contrato se incluyó en el Área de Obligaciones Ambientales y sociales, el “*riesgo de sobre costos por compensaciones Socio Ambientales*”, cuya asignación es “público-privado”. Este riesgo comprende las compensaciones forestales derivadas de las licencias Ambientales, que se encuentran a cargo del privado. Asimismo, en el Contrato de Concesión se identificaron, asignaron y cuantificaron los riesgos ambientales (Considerando No. 8 y las Cláusulas 1.70; 1.83, 12; 35.2, 35.3 y 35.6 del Contrato de Concesión, estudio de Impacto Ambiental, licencias ambientales y apéndices A, B, B-2, C-1). De lo pactado se infiere que el riesgo de las compensaciones forestales está asignado al Concesionario. *Esta matriz de riesgo* fue aprobada y avalada por la Oficina de Planeación del Ministerio de Transporte y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público (Dirección General de Crédito Público), entidad que concluyó que la “*distribución y asignación de los riesgos se ajusta a lo establecido en los documentos Conpes 3107 y 3133 de 2001*”.
- Toda la información relativa a las licencias ambientales, el estudio de impacto ambiental (EIA) y los riesgos que se asumirían, fueron conocidos por los proponentes durante el proceso licitatorio.
- La Concesionaria estaba obligada a continuar con el trámite de las licencias otorgadas, de manera que éstas son el resultado de sus solicitudes. Asimismo, le correspondía concertar con CORTOLIMA las áreas de compensación establecidas como reforestación protectora en las Licencias Ambientales 1221 de 2008, 1763 de 2008 y 943 de 2011, así como, proponer las medidas de mitigación para la obtención de la licencia ambiental. Fue la Concesionaria quien propuso en el proceso de concertación compensar el aprovechamiento forestal a través de la siembra de árboles, pudiendo, de acuerdo con lo previsto en la Resolución 1517 del 31 de agosto de 2012 (Manual para la asignación de compensaciones por pérdida de Biodiversidad) haber ofrecido otras alternativas, si no existían áreas para la siembra.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)**

- La ANI no cuenta con toda la información relativa a las concertaciones, ni tiene a su disposición la información relativa al cumplimiento de esta obligación de compensación, en tanto la Concesionaria no ha entregado las concertaciones realizadas con CORTOLIMA, para las actividades establecidas en las Resoluciones 1221 de 2008 y 1763 de 2008, pese a los requerimientos que se han hecho a la Concesionaria, quien tampoco ha aportado la autorización de los propietarios de los predios para la siembra de árboles. La Concesionaria únicamente concertó con CORTOLIMA, lo previsto para las Resoluciones 943 de 2011, 2345 de 2012 y 045 de 2013, esto es, que dichas actividades se podrían realizar en áreas remanentes compradas para el proyecto, tal y como consta en el Acta de Compensación suscrita el 31 de enero de 2014. El proceso de concertación no tuvo en cuenta lo establecido en la Ley 9 de 1989, Ley 388 de 1997, Ley 1682 de 2013, en lo relacionado con la adquisición de predios por motivos de utilidad pública y, además, debe tenerse en cuenta que CORTOLIMA no podía aprobar la utilización de un predio que no es de su propiedad.
- La Concesionaria *“no ha probado que todas las mayores áreas adquiridas sean remanentes por no desarrollabilidad y/o por necesidades Técnicas para la construcción de infraestructura vial”*, puesto que no se ha aportado la totalidad de los documentos.
- Las compensaciones se han realizado en forma irregular, en tanto los predios que han sido utilizados para la siembra, aun siendo áreas remanentes, no podían ser utilizados en tanto se adquirieron con recursos públicos de la Subcuenta Predial, con motivos de utilidad pública (construcción del proyecto de infraestructura) y con destino de uso público⁶⁵, naturaleza que impide que *“se puedan disponer con otro fin diferente para el cual fueron adquiridos”*.
- La ANI, posteriormente precisó que las áreas remanentes (una vez fuera constatada tal calidad), podían ser utilizados para cumplir la obligación de compensación forestal, siempre y cuando hubiere mediado autorización de su titular para darles esa destinación. En el presente caso la ANI no ha otorgado autorización para que se desarrolle esta actividad en los predios de la Nación.
- La Concesionaria NO ha cumplido con la obligación de la compensación. Lo anterior si se tiene en cuenta, entre otras, que:
 - i) De los documentos aportados se evidencia que el total de hectáreas sembradas hasta el momento por la Concesionaria no es del 107.5 Ha, sino del 95.38 Ha (hecho 98), por lo siguiente:
 - Las áreas sembradas en cumplimiento de la resolución 1763 de 2008 son el 96% (9.64 Ha), según consta en el acta de recibo final de CORTOLIMA del 16 de febrero

⁶⁵ Oficios ANI 2015-604-0009444-1 de 16 de enero de 2015, y oficio de la Interventoría CMAB 1-476-0605-19 del 19 de julio de 2019 (aportados con la contestación de la demanda como pruebas No.103 y 111, respectivamente).

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)**

de 2016. No se ha sembrado el 100% como afirma la Concesionaria, si se tiene en cuenta que *“en el predio 170B no se realizaron este tipo de actividades”*.

- Las hectáreas sembradas en cumplimiento de la Resolución No. 943 de 2011, son el 50.10% según consta en el acta de recibo parcial de 9 de febrero de 2016, en el que se evidencia recibo de 11,6249 Ha. No se ha sembrado el 52% como afirma la Concesionaria.

ii) La siembra para la compensación de que trata la Resolución No. 2345 de 2012, no se ha iniciado.

iii) En Comité predial del 31/01/2020, la Concesionaria aclaró que en un determinado predio no se había realizado esta actividad y, por tanto, se comprometió a ajustar el acta de recibo de la autoridad ambiental.

4.5.3. El Concepto del Ministerio Público.

El señor Agente del Ministerio Público inició su análisis examinando lo pactado en las cláusulas 1.70, 1.83 y 35 del Contrato de Concesión y, posteriormente, se refirió a las declaraciones rendidas por algunos testigos⁶⁶. A partir de lo anterior, afirmó que en el presente caso se debe diferenciar entre el “compromiso ambiental que emerge de la entidad beneficiaria de las Licencias Ambientales, esto es la Concesionaria, para con las autoridades que rigen este sector, como son la ANLA y CORTOLIMA, ante quienes al parecer cumplió con las compensaciones forestales allí determinadas”, y el tema que es el objeto de controversia y que debe definir el Tribunal, que se concreta en “cómo se cumplieron con esas obligaciones ambientales por parte de la CONCESIONARIA”.

Respecto de este último afirma:

- De acuerdo con el contrato el **“RIESGO CONTRACTUAL emana de las licencias ambientales” (Resoluciones No. 1221, del 11 de Julio de 2008, y No. 1763, del 9 de octubre de 2008)**, y dado que las mismas fueran expedidas a la CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A. es claro que **“el riesgo contractual en este evento era de la Concesionaria y no de la ANI”**.
- De acuerdo con el contrato, es la Concesionaria *“quien debe aportar los recursos necesarios para cubrir los costos derivados del cumplimiento de las obligaciones contractuales que emanan de licencia ambiental”*.
- En el contrato “no se observa ninguna obligación a cargo de la ANI de proveer a la Concesionaria San Rafael S.A. los recursos o predios necesarios para efectuar la Compensación Forestal que le fuera exigida en las licencias ambientales”.

⁶⁶ Se refiere a los testimonios rendidos por la ingeniera FANNY CONSUELO CAÑAVERA ESPINOSA, de la Concesionaria, la directora Interventoría DIANA GUTIÉRREZ DE PIÑERES, el señor SEBASTIÁN GIL SALAZAR, funcionario de la ANI y la ingeniera de Interventoría GINA ALEXANDRA ACOSTA PARRADO.

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

- Los terrenos en donde se hicieron las compensaciones forestales para cumplir con las obligaciones ambientales son terrenos remanentes del Proyecto Vial, **de propiedad de la ANI**, que la Concesionaria utilizó, sin el permiso respectivo de sus titulares,
- La CONCESIONARIA no podía cumplir sus obligaciones contractuales en materia ambiental en terrenos que no eran de su propiedad, *sin contar con el permiso o autorización de su titular*, pues debía asumir el costo de la compensación forestal.
- Se deberá determinar si esas áreas remanentes en donde se hizo la reforestación son del proyecto, caso en el cual deberá reintegrar el valor de los predios, *dado que no sería procedente deshacer la reforestación efectuada en esos predios*”.

Por todo lo anterior, concluye que la CONCESIONARIA incumplió la **Cláusula 35** del Contrato en razón de que, “el cumplimiento de las normas ambientales **es de exclusivo costo y riesgo del Concesionario (numeral 35.6)** y, por tanto, no podía hacerlo en terrenos ajenos, sin la autorización de los dueños y, además, porque los dineros con los que fueron pagados los predios denominados remanentes, en los que se cumplió la compensación forestal, provienen de la Subcuenta Predial y el **numeral 35.10** del contrato prohíbe expresamente que los costos y gastos necesarios para el cumplimiento de las obligaciones ambientales se realicen con cargo a la Subcuenta de Predios”.

4.5.4. Los problemas Jurídicos por resolverse.

De acuerdo con lo solicitado y la excepción de mérito propuesta el Tribunal concluye que los problemas jurídicos que debe dirimir son:

1. Si el documento CONPES 3107 de 2001 sobre la "Política de Manejo de Riesgo Contractual del Estado para Procesos de Participación Privada en Infraestructura" goza de efecto vinculante y con fundamento en el mismo puede afirmarse que en las concesiones de tercera generación el riesgo ambiental solo podrá asignársele al concesionario si al cierre de la licitación la entidad estatal cuenta con las licencias ambientales.
2. ¿A quién le fue asignado en el Contrato de Concesión 007 de 2007, el Riesgo Contractual por Obligaciones Ambientales? y, por tanto, ¿quién debe asumir los efectos favorables o desfavorables que impone el cumplimiento de las obligaciones sobrevinientes que imponen las Licencias Ambientales?
3. ¿Tiene la Concesionaria la obligación de comprar los predios destinados a la Compensación Forestal establecida en las Licencias Ambientales o, dicha obligación se encuentra en cabeza de la ANI?
4. ¿Podía la Concesionaria cumplir con la obligación, realizando el aprovechamiento forestal en las áreas remanentes adquiridas para el Proyecto?
5. ¿La Concesionaria ha venido cumpliendo con la obligación de reforestación sobre una extensión de 107,5 hectáreas, en las áreas remanentes adquiridas para el Proyecto? y,

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

6. ¿La ANI está obligada a proveer a la Concesionaria los predios representativos del área faltante, en extensión de 111,39 hectáreas, o los recursos monetarios suficientes para adquirirlos y realizar sobre ellos la referida Compensación Forestal?

En virtud de lo anterior, y ateniendo a que las tres primeras pretensiones de este grupo y el primer problema jurídico planteado, se refiere a los documentos CONPES mencionados y su efecto vinculante, el Tribunal procederá a referirse a estas pretensiones y por tanto a analizar los referidos documentos.

4.5.5 En relación con el primer problema jurídico planteado. (Pretensiones Primera a Cuarta).

Lo primero que corresponde recordar es que el Consejo Nacional de Política Económica y Social — CONPES — fue creado por la Ley 19 de 1958, como un organismo colegiado, de carácter supraministerial, sin personería jurídica, cuya función es la de actuar como *“organismo asesor del Gobierno en todos los aspectos relacionados con el desarrollo económico y social del país”*, para lo cual debe coordinar y orientar *“a los organismos encargados de la dirección económica y social en el Gobierno, a través del estudio y aprobación de documentos sobre el desarrollo de políticas generales”*.

Según se dispone en la guía metodológica para la elaboración y seguimiento de documentos CONPES elaborada en el 2019 por el Departamento Nacional de Planeación, en estos documentos se deben: i) plasmar *“las decisiones de política pública aprobadas por el Conpes”*, y establecer *las acciones específicas para alcanzar los objetivos propuestos,*” y, ii) fijar los lineamientos, recomendaciones o directrices de política económica y social

Aquellos CONPES que fijan lineamientos y recomendaciones **no contienen órdenes, ni son mandatorios u obligatorios para las entidades estatales**. Se tratan de simples directrices que las entidades estatales pueden aplicar y que les servirán de guía para adoptar las decisiones que les corresponde ejecutar. En tal sentido es claro que son las entidades estatales, en ejercicio de su autonomía y con apego a las funciones que les corresponden de acuerdo con sus competencias, a quienes les corresponde decidir en cada una de sus relaciones contractuales la forma como adoptarán las recomendaciones contenidas en los diferentes documentos Conpes.

4.5.5.1 El documento CONPES 3107 de 2001 sobre "Política de Manejo de Riesgo Contractual del Estado para Procesos de Participación Privada en Infraestructura", su modificadorio y su efecto vinculante.

El documento CONPES 3107 de 2001 sobre *"Política de Manejo de Riesgo Contractual del Estado para Procesos de Participación Privada en Infraestructura"* fija los lineamientos de Política de Riesgo Contractual del Estado para proyectos de participación privada en infraestructura, para los sectores de: (1) transporte, (2) energía, (3) comunicaciones, y (4) agua potable y saneamiento básico, con el objetivo de que sea **“una herramienta metodológica** que permitirá fortalecer los procesos de vinculación de capital privado en infraestructura”

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

Asimismo, de lo que allí se afirma, se destacan los siguientes lineamientos:

- i) “corresponde a las entidades estatales asumir los riesgos propios de su carácter público y del objeto social para el que fueron creadas o autorizadas, y a los contratistas, aquellos riesgos determinados por el objeto que persiguen en el cumplimiento de su actividad.”
- ii) “las entidades estatales sometidas al régimen de las obligaciones contingentes deberán ajustarse a la política de riesgo contractual del estado que determine el Gobierno Nacional para las obligaciones contingentes a su cargo y para las áreas de riesgo que defina la Dirección General de Crédito Público del Ministerio de Hacienda, según lo establecido en el artículo 47 del decreto 423 de 2001⁶⁷.”
- iii) La Dirección General de Crédito Público del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, es “responsable por las metodologías para la valoración de los pasivos contingentes en cada uno de los sectores”.

En sintonía con lo anterior, el documento recomienda a las entidades estatales responsables de la contratación:

- i) Efectuar la evaluación de los proyectos sobre la base de una “proyección probable de flujos”, esto es, de los costos de construcción, operación e ingresos esperados, lo que implica efectuar una asignación adecuada de los riesgos, en tanto ello minimiza el costo de su mitigación.
- ii) Identificar los riesgos y aplicar dos principios básicos de asignación que parten del concepto que éstos deben ser asumidos: por la parte que esté en mejor disposición de evaluarlos, controlarlos y administrarlos; es decir que tenga *mejor capacidad de gestión, mayor disponibilidad de información y mejor conocimiento y experiencia para evaluar más objetiva y acertadamente cada uno de los riesgos de un determinado proyecto* y/o por la parte que disponga de mejor acceso a los instrumentos de protección, mitigación y/o de diversificación, esto es *la que está en mejor posición para monitorear, controlar y asumir cada riesgo*,”
- iii) “Definir su asignación teniendo en cuenta las características particulares del proyecto y las condiciones del país en un determinado momento”

El referido documento identifica los principales riesgos que se presentan en los esquemas de participación privada y/o vinculación de capital privado en el desarrollo de proyectos de infraestructura, dentro de los que destacan: i) El “*Riesgo de adquisición de predios*”, que está “*asociado al costo de los predios, a su disponibilidad oportuna y a la gestión necesaria para la adquisición*” y que surge de “*la necesidad de disponer de predios para el desarrollo de los proyectos*” y, ii) **el riesgo ambiental, éste último referido “a las obligaciones que emanan de la(s) licencia(s) ambiental(es), de los planes de manejo ambiental y de la evolución de las tasas de uso del agua y retributivas”**

⁶⁷ Decreto en el que se establecen los procedimientos que deberán aplicarse en el manejo de las obligaciones contingentes de las entidades estatales.

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

Frente al primero (riesgo de adquisición de predios), recomienda que *“El control y responsabilidad sobre la compra de predios”* esté a cargo de la entidad estatal, en razón a que es ella *“quien tiene la facultad de adquirir el predio y/o adelantar los procesos de expropiación respectivos”*. No obstante, lo anterior, señala que se podrá pactar *“la responsabilidad del contratista sobre la gestión para la adquisición y de compra de los predios”*.

Respecto del segundo (Riesgo Ambiental) indica que lo “deseable” es que las entidades estatales *“cuenten con las licencias ambientales y/o planes de manejo ambiental antes de la firma de los contratos”* y, en esa medida sea “el inversionista privado”, quien asuma este riesgo *“cuando, previo al cierre del proceso licitatorio, se cuente con las resoluciones respectivas”* Y *“que se acuerde que “de requerirse modificaciones de las licencias ambientales y/o planes de manejo ambiental”, el riesgo sea “asumido por el inversionista privado”*.

En este documento se señala, en materia de licencias y permisos ambientales:

Licencias Ambientales y/o Permisos Ambientales.	En caso de contar con las Licencias y Permisos Ambientales, previo al cierre de los procesos licitatorios, los derechos y obligaciones que se deriven de los mismos serán asumidos por el Concesionario.
	Para proyectos de carreteras, en caso de no contar con las Licencias y/o planes de manejo ambiental, el valor de los costos ambientales por encima de lo previsto en los contratos estará a cargo de la Entidad Estatal. Estas Licencias y/o Permisos Ambientales se deben obtener antes de iniciar la construcción.
	En caso de requerirse modificaciones de las licencias ambientales y/o planes de manejo ambiental, el riesgo será asumido por el inversionista privado. Es el caso de proyectos de concesiones viales, donde bajo el esquema de gradualidad de obras se requiere modificar la licencia ambiental del proyecto.

Finalmente debe indicarse que el referido documento CONPES 3107 fue modificado por el CONPES 3133 de 2001 de 3 de septiembre 2001. Dentro de las modificaciones propuestas está: la de reemplazar el término “riesgo ambiental” por *“riesgo por obligaciones ambientales”*, precisar su definición y aclarar algunos de los lineamientos generales de política y de riesgo sectorial, así:

- Cuando se cuente con licencia ambiental debidamente ejecutoriada y/o plan de manejo ambiental, antes del cierre de la licitación, el inversionista privado asumirá los costos implícitos en el cumplimiento de las obligaciones definidas en dicha licencia y/o plan de manejo ambiental.
- Cuando se cuente con licencia ambiental debidamente ejecutoriada antes del cierre de la licitación y esta sea modificada por solicitud del inversionista privado, el inversionista privado asumirá los costos que implique esta modificación.
- El riesgo de que se configuren pasivos ambientales causados por el incumplimiento o la mala gestión de la licencia ambiental y/o el plan de manejo ambiental, durante

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

la ejecución, la operación y el mantenimiento de las obras, será asumido por el inversionista privado.

- Cuando no se cuente con licencia ambiental debidamente ejecutoriada y/o plan de manejo ambiental, antes del cierre de la licitación, los costos por obligaciones ambientales se deberán estimar y prever en los contratos acorde con la naturaleza y magnitud del proyecto. En estos casos la entidad estatal podrá asumir el riesgo de que los costos por obligaciones ambientales resulten superiores a lo estimado.

Las anteriores modificaciones implicaron igualmente una modificación de los cuadros anexos en los que se consignan, igualmente, los lineamientos de la política de riesgos. En lo que se refiere a obligaciones Ambientales, el anexo dispone:

Licencias Ambientales y/o Permisos Ambientales.	y/o	En caso de contar con las Licencias y /planes de manejo Ambiental, previo al cierre de los procesos licitatorios, los derechos y obligaciones que se deriven de los mismos serán asumidos por el concesionario.
		En caso de requerirse modificaciones de las licencias ambientales por solicitud del inversionista privado, el costo será asumido por el inversionista privado. Este es el caso de proyectos de concesiones viales, donde bajo el esquema de gradualidad de obras se requiere modificar la licencia ambiental del proyecto.
		Si durante la ejecución, la operación y el mantenimiento de las obras se configuran pasivos ambientales causados por el incumplimiento o la mala gestión de la licencia ambiental y/o plan de manejo ambiental, el responsable de asumirlo es el inversionista privado Para proyectos de carreteras, en caso de que no se cuente o no se requiera Licencias y/o planes de manejo ambiental previo al cierre de los procesos licitatorios, los costos por obligaciones ambientales se deberán estimar y prever en los contratos y el valor de los costos ambientales por encima de lo previsto en los contratos, podrá estar a cargo de la entidad estatal. Estas Licencias y/o planes de Manejo ambiental se deben obtener antes de iniciar la construcción.

4.5.5.2 Conclusión respecto del primer problema jurídico planteado. (Pretensiones Primera a Cuarta).

Después de examinar en forma extensa los documentos CONPES mencionados que fijan los lineamientos y la política en materia de riesgos en las concesiones de infraestructura de Transporte, el Tribunal concluye que es cierto lo que afirma la Convocante en la Pretensión Primera, esto es, que el documento CONPES 3107 de 2001 contiene la Política relativa al Riesgo Contractual del Estado para Procesos de Participación Privada en Infraestructura, y así lo declarará. De igual manera, que, si bien es cierto que en dicho Documento se recomendó a las entidades estatales identificar y asignar claramente los riesgos en los contratos, **no es cierto que dicho documento tenga carácter imperativo** y vinculante en este caso y mucho menos para los fines que la Convocante pretende, razón que impone negar la prosperidad de la pretensión segunda. En efecto, y como ya lo precisó el Tribunal en los párrafos precedentes, el documento Conpes contiene meras recomendaciones que este órgano asesor hace a las entidades públicas, para que éstas en uso de sus

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

competencias y atendiendo las circunstancias específicas de cada contrato, definan y asignen los riesgos propios de cada negocio jurídico, pero no son vinculantes, máxime si el mismo no fue mencionado en los documentos contractuales

Lo anterior significa, para efectos de resolver la tercera pretensión que aun cuando en el documento CONPES 3177 de 2011 se dispuso que lo recomendable es asignar el “riesgo ambiental” al inversionista privado cuando al cierre de la licitación la entidad estatal cuente con la respectiva licencia ambiental, ello **no** implica entender que lo señalado en tal disposición es mandatorio y que, en consecuencia, cuando la entidad estatal no cuente con licencia al momento del cierre, no podrá asignarse al inversionista privado el riesgo derivado de las obligaciones ambientales, siendo imperativo que éste se radique en cabeza de la entidad estatal.

Adicionalmente, se reitera que, el referido Documento CONPES fue modificado mediante Documento 3133 de 2001, y en el mismo también se recomendó a las entidades estatales que en los proyectos de carreteras estimar y prever, en los contratos, los costos por obligaciones ambientales y el valor de los costos por encima de los previstos que estarán a cargo de la entidad estatal., cuando al momento del cierre de los procesos licitatorios no se cuente con la(s) Licencia(s) y/o planes de manejo ambiental.

Lo anterior resulta importante, porque no debe perderse de vista que es a la entidad estatal que pretende celebrar el contrato, a la que le corresponde tipificar e identificar los riesgos, valorarlos y definir su asignación, teniendo en cuenta las circunstancias precisas y particulares del proyecto que pretende adelantar, y quien puede establecer en forma más acertada, cuál de las partes tiene mejor capacidad de gestión para monitorear, controlar y asumir cada riesgo, estimar el valor de los costos de las obligaciones ambientales previstas en las licencias, así como definir el valor de los costos ambientales que estarían por encima de lo previsto y que la entidad estatal tendría capacidad de asumir, en aquellos casos en los que no se cuente con licencia, previo al cierre de los procesos licitatorios.

En definitiva, el Tribunal concluye que el documento CONPES a que alude la Convocante no tiene carácter imperativo y vinculante para los fines que pretende la Convocante, y en esa medida los riesgos de las obligaciones ambientales serán y estarán en cabeza de quien lo determine la entidad estatal en el contrato y en su respectiva matriz de riesgos. Así las cosas, queda claro que en el presente caso para poder establecer a quien le fueron asignados los riesgos ambientales y su alcance, es preciso remitirse al contrato y su respectiva matriz de riesgos, vale decir que no basta con afirmar que la entidad estatal al momento del cierre de la licitación no contaba con las licencias ambientales requeridas, máxime si se tiene en cuenta que tal recomendación fue modificada mediante el documento CONPES 3133 de 2001 en el que se previó y recomendó a las entidades estatales estimar y prever en los contratos *-acorde con la naturaleza y magnitud del proyecto, cuando no se cuente con licencia ambiental debidamente ejecutoriada y/o plan de manejo ambiental antes del cierre de la licitación-*, los costos por obligaciones ambientales y así mismo que, en estos casos, la entidad estatal podrá asumir el riesgo de que tales costos resulten superiores a lo estimado, lo que sin duda alguna modula tal recomendación y permite afirmar que, en esos casos, si bien lo recomendable es que la entidad estatal asuma el riesgo, podría estimarlos y asignárselos al inversionista privado hasta el monto estimado

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

o hasta un determinado porcentaje, superado el cual puede igualmente, disponer que los asumirá la entidad estatal, razón suficiente para concluir igualmente, que **la Pretensión Tercera en los términos en que fue solicitada, debe ser desestimada.**

Con fundamento en lo expuesto, el Tribunal **accederá a la Pretensión Primera**, y en tal sentido declarará que el documento CONPES 3107 de 2001 fijó la "Política de Manejo de Riesgo Contractual del Estado para Procesos de Participación Privada en Infraestructura", con las precisiones ya consignadas, pero **denegará las Pretensiones Segunda y Tercera por las razones expuestas.**

De otra parte, declarará **la Prosperidad de la Pretensión Cuarta** en tanto es cierto que el Proyecto objeto del Contrato de Concesión No. 007 de 2007 al momento de ser adjudicada la Licitación Pública No. INCO SEA -L-007- 2006 NO contaba con Licencias Ambientales.

Definido lo anterior, el Tribunal en aras de resolver los problemas jurídicos segundo y tercero (que involucran las pretensiones quintas a décima), procede a examinar, lo pactado en materia de asignación de los riesgos ambientales y de obligaciones y gestión ambiental, así como lo impuesto en las licencias ambientales otorgadas para el desarrollo de este proyecto

4.5.6 En relación con los problemas jurídicos segundo y tercero (Pretensiones Quinta a Décima), relativos a las obligaciones y riesgos ambientales previstos en el Contrato de Concesión No. 007.

El Tribunal procede al análisis de lo pactado en el Contrato, la matriz de riesgos y lo ordenado en las respectivas licencias ambientales, a fin de establecer a quien le fue asignado, el riesgo ambiental y, por tanto, quien debe asumir los efectos favorables o desfavorables que impone el cumplimiento de las obligaciones que surgen de las Licencias Ambientales y en esta medida, quien debe adquirir los predios que son necesarios para realizar la Compensación forestal.

4.5.6.1 Lo pactado en el Contrato de Concesión No. 007 del 13 de agosto de 2007, en materia de gestión ambiental

En materia de gestión ambiental y obligaciones de la Concesionaria deben tenerse en cuenta las definiciones contenidas en los numerales 1.70, 1.83 de la Clausula primera, así como las obligaciones dispuestas en este mismo texto contractual en las cláusulas 6,7 10, 12, 34 y 35, que rezan:

“CLAUSULA 1. DEFINICIONES.

1.70. Riesgo contractual por obligaciones ambientales

El riesgo contractual por obligaciones ambientales se refiere a obligaciones que emanan de la(s) licencia(s) ambiental(es), de los planes de manejo ambiental y de la evolución de las tasas de uso del agua y retributivas durante la construcción y operación del proyecto."
(...)

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

1.83. Subcuenta Ambiental

Es la subcuenta que deberá constituir el Concesionario en el Fideicomiso según la CLÁUSULA 25, en la cual el Concesionario depositará los recursos que el mismo deba aportar para cubrir los costos derivados del cumplimiento de las obligaciones Contractuales ambientales que emanan de la Licencia Ambiental, del Plan de Manejo Ambiental, del Plan de Gestión Social con sus respectivas modificaciones y lo dispuesto en la cláusula 35 del presente contrato, en lo que al proyecto se refiera, correspondientes a las actividades de construcción, rehabilitación, mejoramiento, operación y mantenimiento; adicionalmente, los costos de la formulación e implementación del Plan Social Básico".

(...)

CLÁUSULA 7 ETAPA DE CONSTRUCCIÓN Y REHABILITACIÓN.

(...)

7.4 El Concesionario deberá cumplir con las obligaciones ambientales contenidas en las (s) licencia(s) ambiental(es), el Estudio de Impacto Ambiental y en el (los) Plan (es) de Manejo Ambiental para la ejecución de las **Obras de Construcción, Mejoramiento y Rehabilitación, de conformidad con lo señalado en la CLÁUSULA 35.**

De igual manera que en la etapa de preconstrucción, el concesionario debe ejecutar el Plan Social Básico y prestar los servicios de seguridad vial y gestión social previstos en las especificaciones de operación y mantenimiento y servicio al usuario del Apéndice B. **En la etapa de construcción se ejecutarán las medidas de manejo ambiental previstas en el Estudio de Impacto Ambiental, el Plan de Manejo Ambiental y demás medidas impuestas por la autoridad ambiental competente en los permisos y licencias pertinentes, así como los acuerdos y obras adicionales pactadas con la comunidad y el INCO.**

CLÁUSULA 10.- OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO.

(...)

10.3 Asumir, por su cuenta y riesgo, todos los costos y gastos del Proyecto, obligándose a obtener y/o aportar la financiación total de los recursos requeridos para la ejecución del **Proyecto**, en los términos de este Contrato.

(...)

10.12 Tramitar y obtener la Licencia Ambiental en caso de que a la firma del contrato no se haya expedido y tramitar y obtener las modificaciones de la Licencia Ambiental otorgada por la Autoridad ambiental, de acuerdo con los estudios y diseños realizados por el Concesionario a su costo y riesgo, en los términos señalados en la CLÁUSULA 35 del presente **Contrato**

(...)

10.14 **Cumplir con todas las obligaciones derivadas de las normas ambientales** aplicables, de conformidad con la CLÁUSULA 35 de este Contrato, incluyendo sin limitarse, las obras, medidas, acciones y/o programas formulados **y establecidos en la Licencia Ambiental**, estudios de Impacto Ambiental y en los planes de Manejo Ambiental, y cumplir con los términos y obligaciones previstos en los mismos, así como realizar el seguimiento y monitoreo socio ambiental del proyecto.

10.15 Adelantar las actividades tendientes a la adquisición de predios, mejoras y a la gestión predial necesaria para desarrollar las **Obras de Construcción Mejoramiento y Rehabilitación** en los términos de la CLÁUSULA 34 de este contrato

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)**

Es obligación del Concesionario desde el inicio del proyecto adelantar todas las acciones relativas a la vigilancia y control del corredor vial para evitar que se presenten invasiones con posterioridad al recibo de los trayectos y adelantar las acciones policivas de restitución de bienes de uso público pertinentes. Igualmente, el concesionario, previo inventario que deberá elaborar juntamente con la interventoría, procederá a sanear el corredor vial, invadido con anterioridad a la entrega y recibo del mismo.
(...)

10.58 Implementar las medidas ambientales y sociales establecidas en el Estudio de Impacto Ambiental, el Plan de Manejo, la Licencia Ambiental y demás permisos ambientales y/o requerimientos de la autoridad ambiental para las etapas de preconstrucción y construcción del proyecto.

CLÁUSULA 12 – RIESGOS QUE ASUME EL CONCESIONARIO

"A partir de la fecha de suscripción del Contrato, el Concesionario asume los efectos derivados de todos y cada uno de los riesgos de este Contrato, salvo los casos en que expresamente se ha determinado lo contrario. En este sentido, el Concesionario asume los efectos derivados por los riesgos que se listan a continuación, además de aquellos que se desprendan de otras cláusulas o estipulaciones de este Contrato, sus anexos y sus apéndices o que se deriven de la naturaleza de este contrato ..."

CLÁUSULA 35 MANEJO AMBIENTAL Y GESTIÓN SOCIAL DEL PROYECTO.

35.1. Durante la ejecución del presente Contrato, el Concesionario deberá cumplir, a su costa y riesgo, con todas las normas constitucionales, legales y reglamentarias actuales y futuras que regulan la protección del medio ambiente y los recursos naturales.

El proyecto "ESTUDIOS Y DISEÑOS DEFINITIVOS, GESTION PREDIAL, GESTION SOCIAL, GESTION AMBIENTAL, FINANCIACIÓN, CONSTRUCCIÓN, REHABILITACIÓN, MEJORAMIENTO, OPERACIÓN Y MANTENIMIENTO DEL PROYECTO DE CONCESIÓN VIAL GIRARDOT – IBAGUÉ – CAJAMARCA", requiere del trámite de Licencia Ambiental, para la totalidad de sus trayectos. El concesionario esta (sic) obligado a realizar los estudios, gestión y solicitud de la licencia ambiental ante el Misterio (sic) del Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.

El INVIAS dio inicio al trámite de la licencia ambiental del proyecto, en el año 1999, diseñado por la firma EDL Ingenieros Constructores.

En el evento que la Licencia Ambiental sea expedida por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial después del cierre de la licitación, y en la misma se requieran obras o medidas ambientales o sociales no incluidas en el Estudio de Impacto Ambiental, el costo de las mismas será asumido de la siguiente manera:

El concesionario cubrirá hasta un exceso equivalente al veinte por ciento (20%) del valor estimado de las medidas ambientales y sociales definidas en el Estudio de Impacto Ambiental, para lo que deberá depositar en la Subcuenta Ambiental del Fideicomiso el valor correspondiente a dicho exceso.

Si el exceso requerido supera el veinte por ciento (20%), el Concesionario depositará en la Subcuenta Ambiental del Fideicomiso el valor correspondiente a dicho exceso y el INCO reembolsará al Concesionario dentro de los dieciocho (18) meses siguientes a la fecha del depósito, con recursos de su propio presupuesto y reconociendo una tasa de interés igual al DTF+7, la suma que resulte e restar el valor total del exceso, el valor que asumirá el Concesionario (20% del valor estimado de las medidas ambientales y sociales del Estudio de Impacto Ambiental), según lo indicado en el numeral (a) anterior.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)**

Durante la Etapa de pre-Construcción, el INCO tramitará ante el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial la cesión de la Licencia Ambiental al Concesionario o la cesión de su trámite en caso que no se haya expedido la licencia. El Concesionario acepta dicha cesión con la suscripción del presente Contrato. De obtenerse en este término la aprobación de la cesión de la Licencia Ambiental al Concesionario, este tramitará por su cuenta y riesgo y en su propio nombre, las modificaciones que resulten necesarias a la misma de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto 1220 de 2005 del MAVDT, la norma que lo modifique, sustituya o complemente, de conformidad, con los diseños definitivos elaborados por el Concesionario, modificaciones que deberá obtener antes del inicio de las obras de los tramos a modificar. En caso (sic) no haberse obtenido la aprobación de la Cesión de la Licencia Ambiental, El Concesionario, tramitará, en todo caso, a su costa y riesgo y en nombre del INCO, las modificaciones a la Licencia Ambiental que resulten necesarias según los diseños definitivos elaborados por el Concesionario y/o de acuerdo al aprovechamiento, uso o concesión de recursos naturales que para la ejecución del proyecto defina el Concesionario. Modificación que deberá obtener previo a la iniciación de las obras de los tramos sobre los cuales hay (sic) realizado modificaciones o previo a la utilización, uso o aprovechamiento de los recursos naturales diferentes a los contemplados en la Licencia Ambiental.

PARÁGRAFO PRIMERO: En todo caso el Concesionario deberá cumplir con todas las normas constitucionales, legales y reglamentarias que regulan la protección al Medio Ambiente y los recursos naturales.

PARÁGRAFO SEGUNDO: En todo caso el Concesionario iniciará las obras de rehabilitación con independencia del trámite de modificación de la Licencia Ambiental, previo la obtención de los permisos para uso y aprovechamiento de recursos naturales necesarios para la Rehabilitación.

35.2 El Concesionario se obliga a cumplir, a su costo y riesgo todas las obligaciones y deberes que emanan de las Licencias Ambientales, Estudio de Impacto Ambiental y de los Planes de Manejo Ambiental a que se refiere el numeral 35.1 anterior

*35.3. En el caso que las **Licencias Ambientales y/o Planes de Manejo Ambiental**, a que se refiere el numeral 35.2 anterior, deban ser ajustados conforme a los diseños definitivos que presente el Concesionario, éste estará obligado a adelantar los trámites adicionales ante la autoridad ambiental competente para obtener las correspondientes modificaciones. Tales modificaciones -en caso de existir- serán de la exclusiva responsabilidad, a costo y riesgo, del Concesionario.
(...)*

35.6 El cumplimiento de las normas ambientales aplicables a los procesos constructivos del Concesionario, será del exclusivo costo y riesgo del Concesionario.

Por lo tanto, el Concesionario -por su cuenta y riesgo- deberá realizar todas las gestiones necesarias para el cumplimiento de las normas ambientales vigentes, incluyendo la tramitación y obtención de los permisos, licencias, concesiones, etc., necesarias para la ejecución de las actividades señaladas en el párrafo anterior y en general en el presente Contrato. El cumplimiento de estas obligaciones por parte del Concesionario no generará compensación ni indemnización alguna a cargo del INCO, ni será admitido como causal eximente del cumplimiento de cualquiera de las obligaciones que adquiere el Concesionario bajo este Contrato.

Dentro de las actividades a que se refiere este numeral se incluyen, sin limitarse, las siguientes:

- *Explotación de fuentes de materiales*

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

- *Explotación de zonas de préstamo y de disposición de materiales sobrantes*
- *Explotación de fuentes de agua*
- *Ocupación de cauces*
- *Vertimientos*
- *Instalación y operación de campamentos, Centros de Control de Operación Y Áreas de Servicio*
- *Ocupación de zonas para obras provisionales*
- *Instalación y operación de plantas de asfalto, triturados y otros materiales*
- *Aprovechamiento forestal*
- *Transporte de Materiales" (Subrayado por fuera de texto original)*

(...)

35.10 Los costos y gastos necesarios para el cumplimiento de las obligaciones que se establecen en la presente cláusula, deberán ser realizados por el Concesionario con cargo a la **Subcuenta Ambiental** y en consecuencia, **no podrán realizarse con cargo a la Subcuenta de Predios**, a la Subcuenta de Excedentes del INCO, a la Subcuenta Contraprestación, a la Subcuenta de Pagos del INCO, a la Subcuenta Transitoria, a la Subcuenta de Interventoría o a cualquier otra subcuenta que sea creada para un fin específico diferente de los estipulados en este numeral"

4.5.6.2 Lo previsto en la matriz de riesgos, en materia ambiental.

En el proceso se acreditó que la MATRIZ DE RIESGOS elaborada por la entidad contratante fue aprobada y avalada en diversas oportunidades, tanto por el Ministerio de Transporte como por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en cumplimiento de las directrices dispuestas en los documentos CONPES 3107 y 3133 de 2001, así como en el Decreto 423 de 2001.

Asimismo, en dicha matriz se incluyeron, desde el inicio del proyecto y dentro de las obligaciones Ambientales, los riesgos rotulados "Demoras en la obtención de licencias y permisos" y "mayores valores por compensaciones socio ambientales". Este último riesgo fue asignado a ambas partes (publico -privado) e inicialmente se calificó y evaluó su impacto y su probabilidad de ocurrencia como MEDIO -BAJO, debido a que la entidad consideró que se tenía un buen conocimiento **del proyecto y de las licencias ambientales**.

Se destaca que en la actualización que la entidad efectuó en el año 2015 -y que avaló el Ministerio de Transporte-, ⁶⁸ se calificó nuevamente la probabilidad de ocurrencia y el impacto, como MEDIO BAJO, debido a que se tenía "conocimiento del proyecto", se contaba con "*licencia ambiental del 70% de la segunda calzada del tramo 2 a construirse con el "otrosí 10"*" y, además, existían "*recursos en la cuenta ambiental*". Asimismo, se reiteró que en la cláusula 35 del Contrato se le asignó al privado, totalmente el riesgo derivado de obligaciones ambientales, salvo el sobrecosto derivado de obligaciones socioambientales, respecto del cual se precisó que, en caso de que las licencias fueran expedidas con posterioridad al cierre de la licitación y las mismas requirieran obras o medidas adicionales, el mayor costo sería asumido por las Partes así: por el Concesionario hasta un exceso

⁶⁸ Oficio del Ministerio de Hacienda del 31/12/2015. Rad 2-2015-052052. Aportado con la contestación de la demanda (Prueba 69).

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)**

equivalente al 20% y, el exceso de ese porcentaje, por la ANI quien debe reembolsar el valor del mismo.

Consta igualmente que, en la actualización de la matriz realizada en el año 2019, que fue remitida y avalada nuevamente por ese Ministerio de Transporte⁶⁹, se calificó el impacto del riesgo rotulado “*Sobrecostos por compensaciones socio ambientales*” asignado al ente público y al inversionista privado, como MEDIO BAJO, pero se modificó la evaluación de probabilidad de ocurrencia como Medio ALTO, por las siguientes razones:

“Justificación de probabilidad e impacto: Se evaluó la probabilidad como MEDIO - BAJO, ya que si bien es cierto que la ANLA ratificó que las compensaciones sociales eran suficientes, persiste un riesgo asociado a las manifestaciones y bloqueos, ya que la comunidad viene manifestando su desacuerdo con las medidas de mitigación. Por su parte el Impacto se considera MEDIO ALTO, en razón al monto de las compensaciones correspondientes a las obras de la segunda calzada del tramo 2, en donde de conformidad con el otrosí No 10, el riesgo ambiental se encuentra asignado en su totalidad al concesionario, así como las que se encuentran pendientes por ejecutar y las propuestas por las autoridades ambientales”.

Finalmente se indicó que lo anterior se regula en la cláusula 35, en el Otrosí No. 11 (cláusula Primera Parágrafo segundo y en el Otrosí No. 14. Clausula decima y décimo primera).

4.5.6.3 Las licencias ambientales para el desarrollo del proyecto relativo al Contrato de Concesión No. 007 del 13 de agosto de 2007.

La Convocante en su escrito de demanda se refiere a las seis licencias otorgadas por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y posteriormente por la ANLA, esto es, las otorgadas mediante las Resoluciones No. 1221 de 11 de Julio de 2008, 1763 de 9 de octubre de 2008, 943 de 26 de mayo de 2011, 2345 del 28 de diciembre de 2012, 045 de 23 de enero de 2013, 1502 del 19 de junio de 2015 y 985 del 11 de agosto de 2016, en las que, según afirma, se “fijaron como una obligación a cargo de la Concesionaria San Rafael S.A. la de adelantar actividades de Compensación Forestal en un área total de 218.89 hectáreas”.

Teniendo en cuenta que las pretensiones de la Convocante se refieren únicamente a la obligación de compensación forestal (reforestación) que se deriva del permiso de aprovechamiento forestal concedido en las referidas licencias ambientales, el Tribunal abordará el análisis únicamente en este aspecto concreto de las licencias.

Antes de examinar el contenido de las resoluciones destaca que, en el presente caso, el Contrato de Concesión fue suscrito el 13 de agosto de 2007 y que, las 2 primeras (Resoluciones 1221 y 1763 de 2008) fueron otorgadas después de suscrito éste (Junio y Octubre de 2008), hecho que resulta importante para las declaraciones que el Tribunal debe efectuar. Así mismo que las referidas licencias fueron otorgadas a la Concesionaria atendiendo las solicitudes y propuestas presentadas por el INCO, quien inició su trámite varios años antes de dar inicio al proceso licitatorio, en el cual, los proponentes conocieron

⁶⁹ Oficio ANI RAD. 2019-602-018032-1 del 10/06/2019- y 20191210346841 del 19-07-2019- aportadas con la contestación de la demanda reformada (Pruebas 70 y 71).

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

de una parte, el alcance de tales solicitudes, el estudio de impacto ambiental y las medidas compensatorias y las propuestas presentadas a la autoridad ambiental y encaminadas a mitigar los impactos que sobre el medio ambiente generaría el proyecto y de otra, se obligaron a continuar con el trámite de las mismas y efectuar los ajustes que fueran necesarios.

En aras de determinar las obligaciones que fueron impuestas y derivadas del permiso de aprovechamiento forestal, el Tribunal se refiere a cada una de ellas a continuación:

i) Resolución 1221 de 2008.

La Resolución 1221 de 2008 fue otorgada por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, el 11 de junio de 2011 para la construcción de la Doble Calzada Variante Chicoral, localizada en los Municipios de Flandes, Espinal y Coello Departamento del Tolima. En el Artículo Tercero (numeral 3) de esa Resolución el Ministerio le concedió el uso, el aprovechamiento y afectación de los recursos renovables, especificándose que se concede permiso de aprovechamiento forestal para 5.459 individuos en un volumen máximo de 2.400 m³ de material vegetal. Como consecuencia de ello, le impuso a la Concesionaria, como medida compensatoria⁷⁰ la Obligación de realizar reforestación protectora en 52,1 Ha, por la afectación de la cobertura vegetal para el desarrollo del Proyecto. Adicionalmente le exigió:

- Presentar al Ministerio, con copia a CORTOLIMA, un Plan de establecimiento y mantenimiento indicando, entre otras, la “Georreferenciación de las áreas por reforestar (mapa escala 1:5.000) y el plan de mantenimiento para un periodo mínimo de tres (3) años, de tal forma que se garantice el establecimiento del 95% de los individuos o cobertura; transcurrido este término, la Concesionaria debe realizar la entrega formal a la Corporación Autónoma Regional del Tolima- CORTOLIMA, mediante Acta de recibo, copia de la cual deberá ser remitida al Ministerio.
- Concertar con CORTOLIMA (de acuerdo con el Plan de Ordenación y Manejo de la Cuenca del Río Coello y al Plan General de Ordenación Forestal para el departamento del Tolima), los sitios, características de las especies, criterios técnicos para la plantación y demás aspectos que se requieran para el desarrollo de esta actividad, teniendo en cuenta el número de individuos y las medidas mencionadas.
- Presentar al Ministerio, en cada uno de los informes de Cumplimiento Ambiental, la eficacia y efectividad de la compensación para cada periodo y el registro fotográfico donde se muestre el desarrollo de los individuos establecidos.

Igualmente en esta Resolución (Artículo Décimo Cuarto), el Ministerio aprobó transitoriamente el programa de inversión del 1% presentado por la Concesionaria, con

⁷⁰ Las actividades de compensación se encuentran definidas en el Decreto 2820 de 2010 como “aquellas acciones dirigidas a resarcir y retribuir a las comunidades, las regiones, localidades y al entorno natural por los impactos o efectos negativos generados por un proyecto, obra o actividad, que no pueden ser evitados, corregidos, mitigados o sustituidos”.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)**

fundamento en el artículo 43 de la ley 99 de 1993, reglamentada por el Decreto 1900 del 12 de junio del 2006, relacionado con la implementación del POMCA del Río Coello mediante la participación en el desarrollo del programa de “reforestación Protectora de Áreas prioritarias, en las actividades de recuperación, preservación y vigilancia de cuenca del río Coello”. Como consecuencia de lo anterior, le impuso la obligación de presentar en un plazo no mayor a un (1) mes, entre otras, la localización georreferenciada y la cuantificación de las áreas donde se ejecutará el Plan de Inversión; el desglose detallado de las dos (2) actividades descritas en el cronograma y el programa de inversión.

Advirtió que las actividades por desarrollarse con la inversión del 1% debían “ser totalmente diferentes a las inherentes a la ejecución del proyecto vial como tal, y que, corresponden a: compensaciones (aprovechamiento forestal y socioeconómicas); proceso constructivo de la vía y obras conexas; paisajismo; actividades establecidas en el Plan de Manejo Ambiental y/o contingencias que se presenten durante el desarrollo del Proyecto”⁷¹.

ii) Resolución 1763 del 9 de octubre de 2008

En la segunda licencia contenida en la Resolución 1763 del 9 de octubre de 2008, el Ministerio otorgó igualmente a la Concesionaria, licencia ambiental para la construcción de la Doble Calzada Variante Picalaña, localizada en el Municipio de Ibagué, Departamento del Tolima, y le concedió, entre otros, con fundamento en lo dispuesto en el Decreto 1791 de 1996, el permiso de aprovechamiento forestal único de 5,0332 individuos arbóreos, en un volumen total de 2.164.2 m³.

Como compensación impuso a la Concesionaria, debido a la afectación que el desarrollo del proyecto implica para la cobertura vegetal, el establecimiento de 41,3 Ha de reforestación protectora; así mismo, al igual que en la Resolución anterior le exigió:

- Presentar al Ministerio con copia a CORTOLIMA, en un término de dos (2) meses, un Plan de Establecimiento y un plan de Mantenimiento para un periodo mínimo de tres (3) años, que garantice el establecimiento del 95% de los individuos o cobertura, transcurridos los cuales, se realizará la entrega formal de la plantación a la Corporación Autónoma Regional del Tolima – CORTOLIMA -, mediante Acta de recibo, copia de la cual deberá ser remitida al Ministerio.
- Concertar con CORTOLIMA (de acuerdo con el Plan de Ordenación y Manejo de la Cuenca de los Ríos Coello, Totare y Opia y con el Plan General de Ordenación Forestal para el departamento del Tolima), los sitios, características de las especies, criterios técnicos para la plantación y demás aspectos que se requieran para el

⁷¹ El artículo 214 de decreto 2811 de 1974 Define lo que es un aprovechamiento forestal único así: Son “los que técnicamente se realicen en bosques localizados en suelos que deben ser destinados a usos diferentes del forestal” En concordancia con lo anterior el Decreto 1791 de 1996, en su artículo quinto , literal a), se refiere a las clases de aprovechamiento forestal y dentro de ellos, define los “ Únicos “ *como aquellos que se realizan “por una sola vez, en áreas donde con base en estudios técnicos se demuestre mejor aptitud de uso del suelo diferente al forestal o cuando existan razones de utilidad pública e interés social. Los aprovechamientos forestales únicos puede contener la obligación de dejar limpio el terreno, al término del aprovechamiento, pero no la de renovar o conservar el bosque”*

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

desarrollo de esta actividad; teniendo en cuenta el número de individuos y las medidas que allí se precisan.

- Presentar al Ministerio en cada uno de los informes de Cumplimiento Ambiental, la eficacia y efectividad de la compensación para cada periodo y el registro fotográfico donde se muestre el desarrollo de los individuos establecidos.

De igual forma en esta Resolución, el Ministerio aprobó transitoriamente el programa de inversión del 1% presentado por la Concesionaria, en el sentido de invertir los recursos en la compra de predios, restauración de áreas sensibles y talleres de formación de líderes ambientales, para la recuperación, conservación, preservación y vigilancia de la cuenca hidrográfica de los ríos Coello, Totare y Opia, imponiéndole entre otras, la obligación de remitir la localización georreferenciada y la cuantificación de las áreas donde se ejecutará el Plan de Inversión; el detalle de las descritas en el programa de inversión; el Plan de Seguimiento y Monitoreo para un periodo mínimo de 3 años y el Acta de acuerdo y/o compromiso con el municipio y/o la Autoridad Ambiental Regional, garantizando la destinación de los recursos del plan de inversión del 1% para el programa de recuperación, preservación y conservación de la cuenca afectada.

Se advirtió también en esta resolución, que las actividades por desarrollarse con la inversión del 1%, deben ser totalmente diferentes a las inherentes a la ejecución del proyecto vial como tal, correspondientes a: compensaciones (aprovechamiento forestal y socioeconómicas); proceso constructivo de la vía y obras conexas; paisajismo; actividades establecidas en el Plan de Manejo Ambiental; y/o contingencias que se presenten durante el desarrollo del Proyecto.

iii) Resolución 943 de 2011.

Mediante la Resolución 943 proferida el 26 de mayo de 2011 por el Ministerio de Ambiente Vivienda y Desarrollo Territorial se modificó la licencia ambiental otorgada mediante Resolución 1221 de 11 de julio de 2008”, a raíz de la solicitud de modificación presentada por la Concesionaria con el fin de incluir un tramo de 4,097 M2 comprendido entre K23+403 y el k7+500 -tramo final de la variante Chicoral y que empalma con el portal de la entrada del túnel y viaducto que conforman el paso alterno por la población de Gualanday-” .

En dicha licencia el Ministerio modifica el numeral 3 del artículo 3 de la Resolución 1221 de 2008, en el sentido de adicionar, el desarrollo de las obras en el tramo comprendido entre el K23+403 y el K2+500, y autoriza a la Concesionaria, el aprovechamiento de las 0,25 Ha de vegetación Arbórea, localizada en las márgenes de las quebradas Meneses, Castañala y Zanja Honda, así como un volumen de 692,137 m³, correspondiente a 2938 árboles aislados, cercas vivas, árboles frutales localizados a lo largo de los 4097 metros. Como consecuencia de lo anterior, impone las siguientes obligaciones:

- Como compensación, conformar un corredor ambiental sobre las márgenes de las quebradas Castaña y Meneses hasta su desembocadura en el río Coello, para lo cual deberá realizar el establecimiento de 23,2 Ha de reforestación protectora, bajo la

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

modalidad de enriquecimiento forestal de las zonas desprotegidas que se localizan dentro del corredor ambiental.

- Presentar al Ministerio dentro de los dos (2) meses siguientes y en concertación con CORTOLIMA, un Plan de establecimiento y mantenimiento, que deberá ser por un periodo mínimo de 3 años, de tal forma que se garantice el establecimiento del 95% de los individuos o cobertura, transcurridos los cuales se deberá realizar la entrega a CORTOLIMA.
- Concertar con CORTOLIMA (de acuerdo con el Plan de ordenación y manejo de la cuenta del río Coello y el plan general de Ordenación forestal para el Departamento del Tolima), los sitios específicos de siembra sobre las márgenes de las quebradas mencionadas, características de las especies, criterios técnicos para la plantación, entre otras, teniendo en cuenta las hectáreas por compensar.
- Presentar al Ministerio en cada uno de los informes de cumplimiento ambiental, la eficacia y efectividad de la compensación para cada periodo.

Se advierte en la licencia que la siembra de árboles por compensación que se autoriza difiere de la siembra de árboles en el corredor vial del proyecto, obedeciendo este al paisajismo de la obra y de la compensación establecida por el levantamiento de veda.

iv) Resolución 2345 de 2012.

Mediante la Resolución 2345 del 28 de diciembre de 2012, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible autorizó efectuar el levantamiento temporal y parcial de veda para las especies epifitas vasculares y no vasculares a intervenir en la construcción de la doble calzada variante Chicoral (Tolima), construcción del tramo final K27+650+56.

Como consecuencia de lo anterior, ordenó implementar las siguientes serie de medidas compensatorias: i) adelantar un proceso de enriquecimiento en dos (2) Ha, propendiendo hacia la rehabilitación de las rondas hídricas definidas, en los predios que sean acordados con los propietarios, o en las áreas que Cortolima determine, para adelantar las acciones de incorporación de individuos arbóreos y arbustos de especies nativos y efectuar un proceso de enriquecimiento de individuos de unas determinadas especies, ii) realizar capacitaciones a la comunidad y operarios que realizan labores relacionadas con la compensación impuesta y, iii) presentar informes de seguimiento al Ministerio durante los 3 años siguientes.

v) Resolución 045 de 2013.

Mediante la Resolución 045 de 23 de enero de 2013, la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales, modificó la licencia ambiental 1221 de 11 de julio de 2008, a raíz de la solicitud de modificación presentada por la Concesionaria, con el fin de incluir un tramo de 1.5 km en el corredor vial de la doble calzada de la variante Chicoral, que empalma geométricamente en un extremo con la variante Chicoral y en el otro, con la variante Picaleña.

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

En esta resolución la ANLA adicionó el artículo tercero de la Resolución 1221 y le concedió el permiso de aprovechamiento forestal sobre 573 individuos arbóreos, correspondientes a un volumen total de 227,75 m³ y un volumen comercial de 95,51 m³. Como consecuencia de esta autorización le impuso a la Concesionaria, entre otras, la obligación de realizar una compensación por la afectación de la cobertura vegetal y el cambio en el uso del suelo, ordenando conformar un corredor ambiental sobre las márgenes o ronda hidráulica (30 m) de la quebrada Gualanday hasta su desembocadura en el río Coello, mediante el establecimiento de las 16,71 Ha de reforestación protectora (correspondiente a 16710 árboles), bajo la modalidad de enriquecimiento forestal de las zonas más desprotegidas o taladas dentro de dicho corredor ambiental.

En desarrollo de lo anterior le exigió además, y entre muchas otras obligaciones, realizar el diseño y la implementación de las acciones de compensación siguiendo los lineamientos del documento del Plan Nacional de Restauración de Ecosistemas y presentar, dentro de un término de 6 meses, un Plan de establecimiento y mantenimiento específico, previamente concertado con CORTOLIMA para un periodo mínimo de tres (3) años, que garantice el establecimiento del 95% de los Individuos o cobertura, hasta el cuarto año, transcurrido el cual se debe hacer entrega formal mediante acta, a CORTOLIMA, presentando copia a la ANLA con el fin de evidenciar la culminación adecuada de la medida de compensación por aprovechamiento forestal.

vi) Resolución 1502 de 2015.

En la Resolución 1502 del 9 de junio de 2015 se autorizó efectuar el levantamiento de veda para las especies epifitas vasculares y no vasculares para los grupos de Bromelias, Musgos y Líquenes que fueron reportadas en el área de influencia del proyecto “*segunda Calzada de la Ruta 40 en el paso de la población de Gualanday*” y las cuatro calzadas de conexión ubicadas en jurisdicción del municipio de Coello en el Departamento del Tolima. Como consecuencia de lo anterior, se le impuso a la Concesionaria implementar una serie de medidas de manejo; presentar un plan manejo, monitoreo y seguimiento y una propuesta de plan de establecimiento de compensación por levantamiento de veda que articule y/o complemente el área seleccionada para llevar a cabo la propuesta planteada por la Concesionaria (1 Ha) con las áreas de compensación por pérdida de biodiversidad establecidas por las autoridades competentes, y presentar la caracterización biótica del área donde se llevarán a cabo las actividades dentro del plan de establecimiento por compensación de levantamiento de veda planteado por la Concesionaria, entre otras.

vii) Resolución 985 de 2015.

Con la Resolución 985 de 11 de agosto de 2015, la Autoridad de Licencias Ambientales ANLA, modificó la licencia ambiental 1221 de 11 de julio de 2008 otorgada por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial a raíz de la solicitud de modificación presentada por la Concesionaria, con el fin de adicionar al proyecto un tramo en doble calzada de la ruta 40 en el sector de la población Gualanday en los municipios de Ibagué y Coello, Departamento del Tolima entre el tramo (abscisas de diseño K27+495,81 al K34+378,33) que incluye calzadas de servicio en ambos lados de la Ruta 40. .

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

En esta resolución la ANLA adicionó el Artículo Tercero de la Resolución 1221 y le concedió el permiso de aprovechamiento forestal de 1685 individuos arbóreos, correspondientes a un volumen total de 1207,01 m3 y un volumen comercial de 529,28 m3. Como consecuencia de esta autorización le impuso a la Concesionaria, entre otras, la obligación de realizar una compensación por pérdida de biodiversidad, por los impactos que genera el desarrollo del proyecto relacionados a la remoción de cobertura vegetal y afectación a los ecosistemas, indicándole cómo debe ser ejecutada y para un total de 81,58 Ha. Le ordenó, además, presentar un Plan de compensaciones que cumpla las condiciones previstas en la resolución 1517 de 2013; dar cumplimiento al plan de manejo ambiental a que se refiere la resolución 1221 de 2007, tal como fue modificado por la 2273 de 2009 y, adoptar las medidas de manejo ambiental propuestas por la Concesionaria para este tramo que se adiciona.

4.5.6.4. Conclusión respecto de las Pretensiones Quinta a Décima.

Efectuada una lectura integral y completa de las estipulaciones contractuales que fueron transcritas, pero en concreto de lo que se prevé en la cláusula 12 de riesgos y en la cláusula 35, el Tribunal concluye que:

- 1) El riesgo por obligaciones ambientales se asocia en forma directa a las obligaciones que se prevén y se derivan del contrato, de las licencias ambientales, de los planes de manejo y de la Evolución de las Tasas del Uso del Agua y Retributivas durante la Construcción y Operación del Proyecto.
- 2) A la Concesionaria se le asignó la **responsabilidad total** por el cumplimiento de las obligaciones ambientales previstas en el contrato, en las licencias ambientales y en los planes de manejo entre otros, así como, la de ejecutar todas las medidas impuestas por la Autoridad Ambiental, obligaciones que debe cumplir atendiendo lo dispuesto en la cláusula 35 del contrato.
- 3) La Concesionaria asumió desde la suscripción del contrato **todos los riesgos derivados del mismo, salvo aquellos que en forma expresa en el contrato no le fueran asignados**. Lo anterior significa que tiene **la obligación de asumir la totalidad de los efectos derivados de estos riesgos**, salvo el que se indica a continuación, que se encuentra expresamente señalado en el contrato.
- 4) El único riesgo en materia ambiental que no se le asignó en forma total a la Concesionaria, y que fue asignado en forma compartida entre ésta y la ANI, fue el riesgo por sobrecostos de obligaciones socio ambientales, en el que se acordó que la ANI asumiría el sobrecosto que se derive de obras o medidas adicionales impuestas en las licencias, cuando éste supere el 20% del valor de los costos estimados en el contrato para las obligaciones ambientales, asunto que no es el objeto de discusión en este trámite arbitral
- 5) De acuerdo con la cláusula 35 la Concesionaria debe realizar a su exclusivo costo y riesgo, todas las gestiones y actividades necesarias para el cumplimiento de lo

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

ordenado en el contrato y de lo previsto en las licencias ambientales, dentro de las que se lista expresamente, la de aprovechamiento forestal. De esta disposición se infiere que igualmente es responsable y debe asumir las obligaciones y el costo y los gastos que se derivan de las medidas compensatorias (reforestación) impuestas por ese aprovechamiento forestal y por ende de las actividades y gestiones que deba realizar para dar cumplimiento a la compensación.

- 6) Todos los costos y gastos necesarios para el cumplimiento de estas obligaciones deben ser asumidos por la Concesionaria con cargo a la Subcuenta Ambiental.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal **declarará la prosperidad de la Pretensión Quinta** en tanto es cierto que de acuerdo el numeral 1.70 de la cláusula 1 del contrato, el riesgo contractual por obligaciones ambientales está asociado de manera directa con las obligaciones que “emanan” del contrato, de las licencias, de los planes de Manejo y de la evolución de las tasas del uso del Agua y retributivas durante la construcción y Operación del proyecto, término que como ya lo expuso el Tribunal comprende tanto las obligaciones y deberes que se imponen en las referidas licencias, como las que se derivan y se desprenden de lo ordenado en tales documentos y cuya ejecución es necesarias para el cumplimiento de la obligación ambiental.

Ahora bien en lo que se refiere a las obligaciones que emanan de las licencias ambientales otorgadas a la Concesionaria San Rafael para el desarrollo y construcción del proyecto, el Tribunal deja sentado que efectivamente las Licencias contenidas en las Resoluciones No. 1221 de 11 de Julio de 2008, 1763 de 9 de octubre de 2008, 943 de 26 de mayo de 2011, 2345 del 28 de diciembre de 2012, 045 de 23 de enero de 2013, 1502 del 19 de junio de 2015 y 985 del 11 de agosto de 2016, impusieron como lo afirma la Concesionaria, una obligación a cargo de ésta, de adelantar actividades de Compensación Forestal (reforestación) cuya suma total es de 218.89 Ha, hecho que resulta suficiente para **declarar la prosperidad de la Pretensión Octava**. En unos casos, dichas compensaciones se ordenaron como consecuencia del permiso de aprovechamiento forestal concedido y los impactos negativos generados por el proyecto debido a la afectación y/o remoción de la cobertura vegetal y la afectación de ecosistema y, en otros como consecuencia de la autorización para el levantamiento de veda.

Adicionalmente, debe señalarse que en algunas licencias se impuso la obligación de efectuar y destinar recursos (1%) para invertirlos en unos determinados programas o en la compra de predios, restauración de áreas sensibles y talleres de formación de líderes ambientales, para la recuperación, conservación, preservación y vigilancia de la cuenca hidrográfica de los ríos Coello, Totare y Opia, sin embargo se precisa, que esa obligación es diferente a independiente de la obligación de reforestación que se estudia bajo estas pretensiones.

Asimismo el Tribunal señala que revisadas las licencias ambientales y para los temas que interesan en este proceso, se encuentra que en las tres primeras otorgadas, en las que se autorizó el aprovechamiento forestal e impuso como medida compensatoria, la obligación de realizar reforestación protectora, se precisó en forma detallada el alcance, términos, especificaciones y número de Hectáreas en que debía realizarse la reforestación y se le

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

impuso a la Concesionaria la obligación de efectuar una Concertación con CORTOLIMA, respecto de las áreas en que se establecería la siembra, así como respecto del plan de establecimiento y mantenimiento que implementaría y llevaría a cabo, por el término de 3 años. Asimismo, se destaca, que en ninguna de las licencias se impuso a la Concesionaria, la obligación de adquirir los predios sobre los cuales se realizaría la medida compensatoria de reforestación.

Lo anterior cuestión resulta importante para el Tribunal en la medida en que la Convocante sostiene que dado que ni en el Contrato, ni en las licencias se previó como obligación de la Concesionaria la adquisición de los predios, ello impone concluir que tal obligación no le corresponde y se encuentra en cabeza de la ANI.

Al respecto el Tribunal debe reiterar que **tal interpretación no puede ser acogida, no solamente por las razones que fueron expuestas anteriormente, sino también porque si bien es cierto que las licencias no señalan en materia de compensaciones derivadas del permiso de aprovechamiento forestal que la Concesionaria debe buscar, obtener o adquirir a cualquier título los predios para realizar compensación, es claro que tal obligación no se encuentra totalmente excluida, en tanto la adquisición y la obtención de los predios, es un deber que se desprende directamente de la naturaleza de obligación de reforestación impuesta en la licencia, y en esa medida es claro que le corresponde a la Concesionaria conseguir a cualquier título, los predios en los que efectuará la siembra, pues de lo contrario la ejecución de la obligación deviene imposible. En esa medida es claro que, si tiene que adquirirlos, por no disponer de áreas propias o de terceros aptas para ello así deberá proceder.** En otras palabras, el hecho de que en las licencias no se hubiere impuesto la obligación de adquirir los predios, si bien implica entender que la compensación se limita a la reforestación y no incluye adicionalmente la entrega a la entidad ambiental de estos predios, de ninguna manera significa que el Concesionario no pueda verse obligado a tener que buscar, conseguir o adquirir áreas para realizar la reforestación. Todo lo contrario, se repite, esta medida compensatoria le impone al Concesionario, el deber de contemplar diversas posibilidades o escenarios que le permitan cumplir con la respectiva medida, así como estimar los recursos del caso.

En el presente caso quedó acreditado, se reitera, que fue la Autoridad Ambiental atendiendo las solicitudes de licencia y las propuestas presentadas por la Concesionaria, quien le impuso como medida compensatoria, reforestar y, en el caso de las resoluciones 1221 de 2008, 1763 de 2008, 943 de 2011 y 45 de 2013, le ordenó concertar con CORTOLIMA las áreas en que se realizaría la compensación y el plan de establecimiento y mantenimiento que debería implementar en los próximos 3 años para cada una de las licencias. Asimismo, fue la Concesionaria la que en el proceso de concertación con CORTOLIMA, y ante la inexistencia de predios disponibles de propiedad de esta Corporación para realizar la compensación, la que propuso utilizar unos predios remanentes de titularidad de la ANI, vinculados al proyecto.

Esta situación de hecho corrobora lo que viene afirmando el Tribunal, esto es, que a la luz del contrato y las licencias es a la Concesionaria a quien le corresponde buscar y proponer a CORTOLIMA, la forma en que dará cumplimiento a la obligación de compensación, en

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

tanto las obligaciones ambientales, los riesgos y las actividades que se emprendan para lograr su cumplimiento son de su entera responsabilidad, de acuerdo con el contrato y las licencias.

Prueba de que ese es el entendimiento del contrato e igualmente de que la Concesionaria tenía claro que todas las obligaciones que emanen y se desprendan de las licencias le corresponden es que fue ella misma quien, propuso a CORTOLIMA, ante la inexistencia de terrenos de propiedad de la Corporación Autónoma, utilizar las áreas remanentes del proyecto de titularidad de la ANI para cumplir con la obligación de compensación derivada del permiso de aprovechamiento forestal, olvidando que por tratarse de predios de titularidad de la ANI, o de cualquier otro, debía obtener del titular, la correspondiente autorización.

Asimismo, fue ella quien le planteó a CORTOLIMA en el proceso de concertación encaminado a establecer la forma en que se daría cumplimiento a la obligación de inversión ambiental del 1%, destinar esos recursos a la implementación del programa de reforestación del POMCA, así como en la, restauración de áreas sensibles, talleres de formación de líderes ambientales y en la compra de algunos predios. Si bien estas obligaciones y adquisiciones son ajenas a la materia que se discute en este arbitraje, resultan relevantes, en tanto evidencian el entendimiento que la Concesionaria tiene respecto del alcance de sus obligaciones en materia ambiental. Lo anterior porque ha sido la misma Concesionaria quien ha admitido que es su obligación adquirir tales predios por ser obligaciones que emanan de la (s) licencia(s) ambientales, e incluso ha reconocido su responsabilidad y equivocación por haber efectuado las compras de esos predios destinados a cumplir con la obligación de inversión ambiental del 1% con recursos de la Subcuenta de predios, cuando ha debido hacerlo con cargo a la subcuenta Ambiental

En esta medida el Tribunal considera que si bien es cierto que la obligación de adquisición de predios para realizar la compensación forestal derivada del permiso de aprovechamiento forestal no fue prevista en el contrato ni en las licencias ambientales, ello no significa que la misma no pudiera o no pueda surgir como consecuencia de lo decidido en los procesos de concertación, en el evento en que – como ocurrió en este caso- la autoridad ambiental no tenga áreas de su propiedad para realizar esta actividad y no existan otras alternativas que permitan al Concesionario disponer de predios aptos para hacer la compensación. En esa medida es posible afirmar que si bien es cierto que en la cláusula 1.83 del Contrato de Concesión No. 007 de 2007 se definió el termino Subcuenta Ambiental y en la misma no se previó o mencionó la asignación de recursos para la compra de predios destinados a la Compensación Forestal, en todo caso esta disposición no delimitó su alcance en el sentido pretendido pro la Convocante

Todo lo expuesto permite afirmar que **no le asiste razón a la Convocante**. Se reitera, la Concesionaria tiene a su cargo todas las obligaciones ambientales, y en esa medida es responsable de ejecutar las actividades y realizar todas las gestiones que sean necesarias y adecuadas para cumplir con la compensación forestal que le fue impuesta derivada del permiso de aprovechamiento forestal. Lo anterior significa que el Tribunal que ya señaló que **habrán de prosperar las Pretensiones Quinta y Octava**, en lo que se refiere a las

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

Pretensiones **Sexta, Séptima, Novena y Décima de la Demanda Reformada, las denegará.**

4.5.7 En relación con los problemas jurídicos cuarto y quinto planteados. (Pretensiones Décima primera a Décima tercera).

En el numeral 4 de este acápite el Tribunal planteó que el cuarto problema jurídico que debía resolver era establecer si la Concesionaria podía, como en efecto lo hizo, cumplir con la obligación de compensación forestal en las áreas remanentes adquiridas para el Proyecto.

En este punto el Tribunal debe dejar sentado que el análisis de este punto difiere notablemente del anterior, en la medida que el Tribunal deberá examinar la forma como la Concesionaria ejecutó la obligación ambiental, teniendo en cuenta además de lo pactado en el contrato, las circunstancias particulares del caso, los hechos probados y los intereses que deben protegerse.

4.5.7.1. Los hechos relevantes.

Para los fines anteriores, procede el Tribunal a destacar algunos de los hechos que resultan relevantes y que quedaron acreditados en el plenario:

- i. La Concesionaria afirma que la medida compensatoria de reforestación protectora impuesta en las tres licencias mencionadas, se ejecutó en su mayoría en predios de propiedad de la ANI vinculados al proyecto y **calificados como “remanentes”**, entendidas éstos como aquellas áreas sobrantes que por su tamaño **NO SON DESARROLLABLES**, pero que deben ser adquiridas obligatoriamente por la Concesionaria, y cuya condición de no desarrollabilidad es certificada por las Oficinas de Planeación competentes y aprobada por la Interventoría. La Interventoría y la ANI en algunas ocasiones sostienen que son remanentes y en otros pone en duda su calificación como tal, por falta de cumplimiento de los requisitos previstos en la cláusula 34 del contrato.⁷²
- ii. En octubre de 2008, según se indica en acta de visita de 2015, la Concesionaria concertó con CORTOLIMA las áreas y el plan de establecimiento y mantenimiento forestal⁷³ impuesto en las Resoluciones 1221 de 2008 y 1763 de 2008. Afirma la Concesionaria que en ese proceso y, ante la inexistencia de áreas disponibles de propiedad de la Corporación, propuso utilizar las áreas remanentes del proyecto, de propiedad de la ANI, propuesta que fue aceptada y avalada por la Autoridad ambiental.

⁷² Oficio de la Interventoría C. 1082/GC3264/16/7.1.8 del 5 de octubre de 2016, aportado con la contestación de la demanda (prueba No 79 de la Contestación a la Demanda Reformada).

⁷³ Lo anterior consta en el acta suscritas con Cortolima de fecha 15/07/2015 aportado con la contestación de la demanda (prueba 80) y en las Actas del 16/02/2016 de recibo parcial de áreas de compensación forestal establecidas en la Resolución 943 de 2011 y en las actas de recibo final de áreas de compensación establecidas mediante resoluciones 1221 de 2008 y 1763 de 2008, aportadas con la demanda reformada. (Prueba 68 E)

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)**

- iii. El 18 agosto de 2011, la Concesionaria concertó con CORTOLIMA las áreas y el plan para el establecimiento de la compensación forestal de que trata la Resolución 943 de 2011⁷⁴. En ese proceso igualmente, la Concesionaria propuso utilizar para la compensación, las áreas remanentes del proyecto, de propiedad de la ANI, propuesta que fue aceptada por la Autoridad ambiental.
- iv. La Interventoría afirma que solamente hasta el año 2013, tuvo conocimiento sobre la utilización de esas áreas remanentes para realizar las compensaciones forestales impuestas en las Resoluciones 1221 y 1763 de 2008 y 943 de 2011 cuando la Concesionaria le informó y listó los predios en los que se venía realizando la reforestación, momento en el que solicitó a la ANI informar si había emitido algún tipo de autorización.
- v. En mayo de 2013 la ANI informó a la Interventoría que no había emitido ningún tipo de aprobación para la realización de dichas actividades de reforestación en predios adquiridos para el proyecto, que se encuentran a su nombre⁷⁵
- vi. En enero de 2014⁷⁶ la Concesionaria y CORTOLIMA suscribieron el “*acta de concertación de áreas para el establecimiento de la Compensación forestal establecida en la Resolución 045 de 23 de enero de 2013*”. Consta en dicha acta que las Partes revisaron las disponibilidades sobre las áreas de propiedad de CORTOLIMA y evidenciaron que no existían terrenos disponibles para efectuar el proceso de reforestación, razón por la que la Autoridad Ambiental encontró viable desarrollar estas actividades en áreas remanentes del proyecto de propiedad de la ANI, que se encuentran ubicadas sobre el área de influencia del proyecto
- vii. En abril de 2014 la Interventoría solicitó a la ANI informar si las áreas adquiridas en exceso o en proceso de escrituración con cargo a la Subcuenta de Predios requieren autorización expresa de la ANI para hacer parte de los terrenos del programa de compensación forestal, requerimiento que fue remitido nuevamente a la ANI en agosto de 2014.
- viii. En enero de 2015 la ANI indicó a la Interventoría entre otras: i) que si no se tienen los soportes mencionados en la cláusula segunda del modificatorio No 1 del 24 de abril de 2008 al contrato de concesión, “*realizados por funcionarios de la ANI o de las firmas interventoras que realizaron el control y seguimiento de la adquisición predial, aprobando la adquisición predial de aquellas áreas que se definieron conjuntamente en los comités prediales para ser utilizadas para las compensaciones forestales a las que la concesionaria hace mención, NO se podrá dar viabilidad a estas compras*”: ii) en cuanto a las áreas adquiridas en exceso, el concesionario debe realizar el

⁷⁴ Así consta en comunicación enviada por la Concesionaria a la Interventoría GIC -2019-01229 del 8/7/2015. Prueba 68B de la demanda reformada.

⁷⁵ Oficio ANI del 15/05/2013 enviado a Interventoría Rad 2013-603-007235-1, aportado con la contestación de la demanda. Prueba No. 102.

⁷⁶ Acta de CORTOLIMA del 31.01.2014. Asunto: Concertación de área para el establecimiento de la Compensación Forestal en cumplimiento a lo establecido en la resolución 045 del 23 de enero de 2013”. (Prueba 68 de la demanda reformada.)

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)**

reintegro de los dineros a la Subcuenta Predial, previo informe de la Interventoría. Por lo anterior, la Interventoría debe analizar el incumplimiento de esta obligación por parte del Concesionario y la sanción de acuerdo con el contrato⁷⁷.

- ix. En julio de 2015 CORTOLIMA efectuó visita de seguimiento para verificar el cumplimiento de lo ordenado en las Licencias 1221 de 2008, 1763 de 2008 y 943 de 2011 y constató respecto de las dos primeras, entre otras que: i) en marzo de 2011 se realizó visita ocular a las compensaciones forestales; ii) estas *compensaciones “se encuentran con el tiempo de mantenimiento exigido”* y por tanto se realiza la visita para efectuarla entrega final de las áreas; iii) que la Concesionaria dio cumplimiento a las exigencias de las licencias 1221 de 11 de julio de 2008 y 1763 de 9 de octubre de 2008, en tanto sembró 52,1 HA y 41,3 Ha respectivamente y el material sembrado tiene la altura y el estado fitosanitario requerido. Asimismo, CORTOLIMA efectuó una lista de cada una de las áreas en las que se realizó la compensación para cada una de las Licencias y, recomendó *“suscribir el acta de recibo final entre las partes. Concesionaria San Rafael como dador de las áreas de compensación forestal comprendidas en 52 has (sic), establecidas en... la resolución licencia ambiental 1221 del 11 de julio de 2008 y en 41,68 has en ... la resolución 1763 ... de 2008 y como recibiente la Corporación Autónoma del Tolima CORTOLIMA, como entidad administradora de los recursos naturales del Departamento del Tolima”*⁷⁸

En relación con las compensaciones impuestas en la Resolución No. 943 de 2011, se dejó constancia que las áreas concertadas son remanentes de la ANI ubicadas alrededor de las quebradas la Castañala, la Meneses y el Rio Coello y que, si bien la Concesionaria inició la siembra y el material sembrado tiene la altura exigida y el estado fitosanitario requerido, la reforestación no se ha realizado en su totalidad.

- x. El 8 de julio de 2015, la Concesionaria informó a la Interventoría, entre otras, en relación con la Resolución No 045 de 2013: i) que ya se habían surtido las Fases 1 a 3 del proceso de concertación con CORTOLIMA, en las que se hizo entrega del Plan de Establecimiento y Mantenimiento, se encontró viable por la Autoridad Ambiental el desarrollo de las actividades de Reforestación en áreas del Proyecto y de propiedad de la entidad concedente y se establecieron las especies a sembrar, sus cantidades y ubicación y ii) Que una vez transcurra el período de Mantenimiento *“(hecho que está por cumplirse)”* se realizará la entrega formal. En relación con la Resolución 943 de 2011 informó que hizo entrega del Plan de Establecimiento y Mantenimiento y que el 18 de agosto de 2011 suscribió el Acta de concertación de áreas para el establecimiento de la Compensación Forestal, oportunidad en la cual la Autoridad Ambiental encontró viable el desarrollo de la Reforestación en áreas del Proyecto y de propiedad de la entidad concedente y se establecieron las especies a sembrar, cantidades y ubicación, encontrándose en la Etapa de entrega a CORTOLIMA de las referidas áreas. Respecto de la Resolución 2345 de 2012, mediante la cual se realizó el levantamiento de veda, informó que solicitará al

⁷⁷ Oficio de la ANI del 16/01/2015 RAD 2015-604-000944-1. aportado con demanda reformada Pruebas 97 y la contestación de la demanda. Prueba No. 103.

⁷⁸ Informe de visita de fecha 24 de julio 15 de julio de 2015 de la visita de seguimiento realizada el 15 de julio de 2015. Prueba No 80 de la Contestación de la demanda.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)**

Ministerio de Medio Ambiente y Desarrollo Territorial, la articulación de las medidas de manejo impuestas en esta Resolución, con lo realizado en cumplimiento de las medidas de compensación impuestas por la ANLA en la Resolución 943 de 2011, ya que hasta tales actividades no se han iniciado. Señaló asimismo que una vez obtenga respuesta le informará.⁷⁹

- xi. El 16 de febrero de 2016 CORTOLIMA suscribió con la Concesionaria, el Acta de Recibo Final de las áreas de compensación forestal establecidas en las Resoluciones 1221 y 1763 de 2008⁸⁰. En esa acta nuevamente dejó constancia sobre el cumplimiento de la Concesionaria de las exigencias impuestas en las referidas licencias ambientales. Como consecuencia de ello, procedió a recibir el *“establecimiento de la medida compensatoria exigido en las licencias ambientales de las resoluciones 1221 de 11 de julio de 2008 y 1763 del 9 de octubre de 2008. donde se observó la siembra de 52,1 Ha y 41,3 respectivamente”*. En la misma fecha CORTOLIMA suscribió el acta de recibo parcial de 11,6249 Ha, de las áreas de compensación forestal establecidas mediante resolución 943 de 29 de mayo de 2011⁸¹. En el acta se dejó constancia de que se encuentra pendiente realizar el establecimiento de 11,57 Ha para cumplir el 100% (23,2 Has) de la compensación requerida
- xii. En octubre 2016 la Interventoría emitió un informe en el que señaló que algunas de las áreas sobrantes adquiridas por la Concesionaria no son remanentes (no desarrollables), en tanto no cuentan con los soportes respectivos (certificado de no desarrollabilidad y aprobación de la Interventoría), cuestión que a la luz del Contrato impide validar estas adquisiciones⁸². Asimismo, indicó que en caso de que se trate de predios adquiridos por error o en exceso, la Concesionaria se verá obligada a devolver los recursos a la Subcuenta Predial y a pasar a su nombre la titularidad del predio, sin perjuicio de las sanciones a que hubiere lugar. Indicó, igualmente, que la utilización de los predios de titularidad de la ANI por parte del Concesionario para realizar la compensación forestal requería de autorización de la entidad y en el presente caso esta nunca se otorgó.
- xiii. La Concesionaria en su escrito de Demanda Reformada afirma respecto de las compensaciones forestales impuestas en las Resoluciones 045 de 2013; 985 de 2015; 2345 de 2012 y 152 de 2015, que aún no se ha iniciado la siembra (reforestación).

⁷⁹ Comunicación de la Concesionaria San Rafael GIC-2915- 01229, aportada con la Demanda Reformada (Prueba 68 B).

⁸⁰ Actas del 16/02/2016 de recibo final de áreas de compensación establecidas mediante resoluciones 1221 de 2008 y 1763 de 2008, aportadas con la demanda reformada. (Prueba 68 E).

⁸⁰ Así consta en comunicación enviada por la Concesionaria a la Interventoría GIC -2019-01229 del 8/7/2015. Prueba 68B de la demanda reformada.

⁸¹ Actas del 16/02/2016 de recibo parcial de áreas de compensación forestal establecidas en la Resolución 943 de 2011 aportadas con la demanda reformada. (Prueba 68 E).

⁸¹ Así consta en comunicación enviada por la Concesionaria a la Interventoría GIC -2019-01229 del 8/7/2015. Prueba 68B de la demanda reformada.

⁸² Comunicación ANI 2015-64-00944-1 del 16/01/2015 (Prueba No 103 de la Contestación a la Demanda Reformada).

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

4.5.7.2 Conclusión.

De los hechos que fueron acreditados en este plenario, el Tribunal considera necesario distinguir y diferenciar entre aquellos que se refieren a las actuaciones surtidas ante las autoridades ambientales y que **dan cuenta del cumplimiento de las obligaciones de reforestación ordenadas en las licencias ambientales**, y los que se refieren o cuestionan la forma en que la Concesionaria cumplió o viene cumpliendo con la obligación de Compensación Forestal.

Respecto de este primer grupo de hechos acreditados en el plenario, el Tribunal destaca de una parte, la certificación de cumplimiento del 100% que ha emitido CORTOLIMA de las obligaciones de Compensación forestal impuestas a la Concesionaria en las resoluciones 1221 y 1763 de 2008, siembras que se han realizado en áreas remanentes de propiedad de la ANI, vinculadas al proyecto, así como el recibo total de las áreas compensadas (52,1 y 41,3 Has, respectivamente) y la constancia de que los individuos arbóreos plantados corresponden a los indicados y que la Concesionaria realizó el mantenimiento de las plantaciones durante el periodo de 3 años exigido, plantaciones que se encuentran en óptimas condiciones.

De otra, el hecho de que CORTOLIMA recibió en el 2015, de manera parcial, las 11,6249 Ha de las áreas de compensación forestal establecidas mediante la resolución No 943 de 29 de mayo de 2011 áreas todas éstas que según afirman la Concesionaria y CORTOLIMA, son remanentes del proyecto, utilización que la ANI reprocha en tanto respecto de estas no se obtuvo autorización de la entidad.

Estos hechos resultan relevantes para el Tribunal, y son fundamentales para la decisión que adoptará, en tanto considera que no puede- dadas las circunstancias particulares del caso-, apartarse y desconocer las manifestaciones, pronunciamientos y certificaciones emitidas por la Autoridad Ambiental, ente competente para determinar si las compensaciones forestales ordenadas, que ya se realizaron parcial o totalmente (hecho que resulta determinante), se cumplieron o no a cabalidad por la Concesionaria y si dicha compensación se podía realizar sobre los predios remanentes de propiedad de la ANI.

El Tribunal considera que debe atenerse a lo dicho y certificado por la Autoridad Ambiental, so pena de entrar en contradicciones. En esa medida si la autoridad aprobó la realización de esa reforestación en los predios remanentes, esas siembras ya se iniciaron y siguen ejecutándose, y en algunos casos ya se terminaron, con cumplimiento 100% a satisfacción, y según la Autoridad Ambiental tales áreas cumplían los requisitos para ser determinadas como zonas de reforestación protectora, no debería el Tribunal decidir otra cosa frente al cumplimiento de esa obligación contractual, máxime si se tiene en cuenta que los criterios que se evalúan para adoptar estas decisiones se soportan en análisis y consideraciones de carácter netamente técnico-ambiental, que no están bajo el alcance del Tribunal. Lo anterior significa que, si la Autoridad ambiental ha señalado y certificado el cumplimiento de esta obligación, este Tribunal así lo considerará.

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

En otras palabras si la Autoridad Ambiental aprobó realizar la reforestación en esas áreas y certificó el cumplimiento de esa obligación por parte de la Concesionaria, el Tribunal deberá actuar en consecuencia, dado que, se reitera, la compensación ya se realizó o se está realizando sobre áreas aprobadas por la Autoridad Ambiental, atendiendo unas determinadas especificaciones y, además, porque no existe ninguna prueba que demuestre lo contrario, y que le permita considerar al Tribunal que esta incumplió las *“obligaciones de compensación forestal contraviniendo el texto del contrato y las obligaciones a su cargo establecidas en las licencias ambientales”*, como lo solicita la Ani por vía de excepción, y que por estas razones no podrá prosperar.

Ahora bien, debe precisarse que **lo anterior solo aplica y se predica de las obligaciones de compensación contenidas en las Resoluciones 1221 y 1673 de 2008, en tanto son las únicas en las que se acreditó un total cumplimiento por parte de la Concesionaria;** respecto de la Resolución 943 de 2011, se demostró que se concertaron con CORTOLIMA las áreas que debían ser utilizadas, se realizó parte de la siembra y se recibieron parcialmente algunas de las áreas (11,6249 Ha de las 23,2 Ha que debe reforestar). Estas actuaciones y actividades, se repite, no pueden ser ignoradas, ni desconocidas a estas alturas por el Tribunal.

En este punto llama la atención en relación con la afirmación de la ANI, en la que de manera general señala que: *“al no encontrar áreas disponibles para la siembra de árboles de compensación forestal protectora, la Concesionaria habría podido acogerse a las alternativas previstas en el manual de asignación de compensaciones por pérdida de biodiversidad, sumado a que las Actas de Entrega de compensación forestal son del año 2016”*. Esta afirmación no puede considerarse, si se tiene en cuenta que el *Manual de asignación de compensaciones por pérdida de biodiversidad* (Resolución 1517 de 31 de agosto de 2012), entró a regir el 1 de enero de 2013 y, para esa fecha, según se acreditó en el plenario, la Concesionaria ya había concertado con CORTOLIMA las áreas y el Plan de Establecimiento y Mantenimiento ordenado en las Resoluciones 1221 y 1763 de 2008 y 943 de 2011 (proceso que se realizó en octubre de 2008 y 18 de agosto de 2011, respectivamente), había iniciado la siembra y estaba cumpliendo con la obligación de mantenimiento, según se puede evidenciar en el Acta de Visita elaborada por CORTOLIMA en el 2015.

Respecto de las demás compensaciones que fueron ordenadas en las Resoluciones 2345 de 2012, 1502 de 2015 y 985 de 2015, **no obra en el proceso información alguna que permita conocer si la Autoridad Ambiental aprobó áreas, si las mismas se han establecido en áreas del proyecto, la razón por la que no se ha iniciado la siembra en ninguna de ellas, ni mucho menos cuál es el estado de cumplimiento, cuestiones que impiden a este Tribunal efectuar pronunciamiento alguno respecto de las áreas y el cumplimiento de la obligación de compensación forestal por la Concesionaria impuesta en cada una de las licencias ambientales.** Lo mismo sucede con la reforestación impuesta en la Resolución 045 de 2013, ya que si bien se probó que la Concesionaria y CORTOLIMA concertaron las áreas remanentes del proyecto en que se realizaría, no se conoce la razón por la que no se ha iniciado la siembra y si la Concesionaria está incumpliendo con lo dispuesto en la licencia ambiental.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)**

Sentado lo anterior, pasa el Tribunal al análisis del segundo aspecto de esta controversia.

Lo primero que se debe dejar sentado es que la Concesionaria tenía el deber de pedir autorización a la ANI para utilizar los predios vinculados al proyecto, por el simple hecho de que esta entidad es la propietaria de los mismos. **NO** existe ninguna duda de que, si bien el titular de las licencias ambientales es la Concesionaria y en tal calidad es el Obligado al cumplimiento de las obligaciones que de ellas se derivan, esa condición *per-se* no lo faculta para disponer de los predios vinculados al proyecto, así se trate de bienes remanentes. El concesionario debía y debe pedir autorización del titular de cualquier predio que pretenda utilizar para realizar este tipo de compensaciones y no hacerlo sin duda alguna lo hace responsable de los perjuicios que dicha conducta arroje.

Para el Tribunal, si bien esa omisión o la falta de autorización por parte de la ANI, resulta una conducta reprochable que puede tener consecuencias de otra índole, no tiene la virtualidad ni puede desconocer las actividades y gestiones realizadas por la Concesionaria desde el punto de vista ambiental y del cumplimiento de esas concretas actividades. Tampoco puede tener el efecto de desconocer, como ya se indicó, las manifestaciones y decisiones efectuadas por la Autoridad Ambiental que, en este caso, no solo aprobó realizar la compensación en esas áreas del proyecto, sino que además certificó el cumplimiento parcial o total de algunas de esas reforestaciones.

En otras palabras, el Tribunal considera que pese a la falta de permiso por parte de la ANI para utilizar predios de su propiedad, no puede decir nada distinto de lo que dijo la Autoridad Ambiental respecto de la utilización de estos predios para realizar la reforestación, tampoco puede declarar el incumplimiento de esta obligación como lo propone la ANI, cuando existe un certificado de cumplimiento de la Autoridad Ambiental, ni mucho menos podría desconocer e ignorar las siembras efectuadas en cumplimiento de las Resoluciones 1221 y 1763 de 2008 y 943 de 2011 y, ordenar retrotraer la situación o revertir las cosas o sugerir la tala o traslado de los individuos arbóreos, pues ello supondría, de una parte, se repite, ignorar actos y decisiones de las autoridades ambientales y atribuirse competencias que no tiene, y de otra, atentar y afectar intereses generales de rango superior, pues no debe olvidarse que esas medidas compensatorias que se adelantaron o se vienen adelantando y cuyo cumplimiento fue certificado total o parcialmente, persiguen mitigar los impactos causados por el proyecto, restaurar la cobertura vegetal y compensar al medio ambiente, al ecosistema y a la población del área de influencia y esos fines resultan ser de rango superior.

De otra parte, el Tribunal encuentra que en el presente caso la ANI y en algunas oportunidades la Interventoría, han puesto en duda la calidad de “remanentes” de tales predios. Al respecto el Tribunal debe señalar que esta situación tampoco cambiaría su posición respecto del cumplimiento de la concreta obligación de compensación de las resoluciones antes mencionadas, en razón a que la actividad se realizó en las áreas indicadas por la Autoridad Ambiental, al margen de si son remanentes y fueron debidamente adquiridas por el Concesionario. La calificación como remanente o no del predio tiene importancia para efectos de determinar el cumplimiento correcto de la Concesionaria de sus obligaciones en materia de adquisición predial y la consecuente responsabilidad de éste, derivada de errores en la identificación y adquisición de predios. Por lo tanto, en el

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

evento en que la ANI y la Interventoría determinen que, contrario a lo afirmado por la Concesionaria, las áreas donde se realizó la compensación no debían adquirirse porque no cumplen con las condiciones para considerarse remanentes, a la luz de lo que se dispone en la cláusula 34 y en el modificadorio No 1., el cumplimiento de la obligación ambiental no se vería afectado, pero si se generarían las consecuencias previstas en el Contrato derivadas de errores en la adquisición predial, evento en el cual el Concesionario debe, según se dispone en el Contrato, entre otras, devolver los recursos a la Subcuenta Predial, cambiar la titularidad del predio y asumir las responsabilidades respectivas, por el desconocimiento de lo previsto en la cláusula 34 .

Adicional a lo anterior, el Tribunal considera que no hay elementos probatorios que demuestren que, tal y como lo insinúa la Interventoría, la Concesionaria adquirió estos predios no por su condición de áreas remanentes, sino con el único fin de cumplir con la obligación de reforestación impuesta en las Licencias ambientales, desconociendo lo dispuesto en el Contrato en esta materia, en concreto, lo previsto en la cláusula 35.10 que de manera expresa prohíbe utilizar los recursos de la subcuenta predial para sufragar o atender las obligaciones ambientales. En esta medida, no existiendo certeza de esta situación, no puede el Tribunal dar mérito a esta inferencia y a partir de ahí declarar como lo pretende la ANI, que la Concesionaria incumplió la obligación de compensación impuesta en las licencias ambientales. Lo anterior no significa que, si la ANI y la Interventoría determinan que tales predios no son remanentes y/o que se adquirieron con esta intención- que se reitera no fue probada-, no deban aplicar las consecuencias previstas en el Contrato para los casos de incumplimiento de lo dispuesto en las cláusulas 34 y 35.10, ya mencionadas.

En este punto el Tribunal llama la atención de la ANI, en tanto resulta sorprendente, inexplicable e insólito, que la Interventoría como órgano encargado de vigilar el cumplimiento del contrato y hacer seguimiento, no se haya percatado durante más de 3 años que se venían haciendo unas siembras (reforestaciones) en predios de la ANI, sin autorización alguna y sin duda resulta desconcertante que a estas alturas aún no exista certeza sobre si los predios utilizados por la Concesionaria para realizar la reforestación cuentan con los soportes que permitan afirmar que se trata de remanentes y si fueron adquiridos o no debidamente por el Concesionario.

Para finalizar, el Tribunal debe señalar que no encuentra en el Contrato una disposición o limitante que permita afirmar, de plano y de manera general, que los predios remanentes adquiridos con recursos de la Subcuenta Predial no se puedan utilizar, a su vez, para desarrollar las actividades de reforestación ambiental impuesta por la Autoridad Ambiental debido al impacto del propio proyecto. Lo anterior si se tiene en cuenta justamente que los **predios remanentes deben obligatoriamente ser adquiridos por el proyecto** y que **NO son desarrollables debido a su limitada extensión** y además no son aptos para realizar actividades agrícolas y comerciales. En esta medida, salvo que la entidad pública los requiera o tenga previsto algún tipo de utilización, parecería loable permitir que, a su vez, se utilicen o que éstos sirvan en actividades que también se derivan del proyecto y persigue fines de interés general, máxime si no existen otros predios de propiedad de la entidad ambiental, en el área de afectación del proyecto que puedan servir a estos fines.

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

En efecto, no debe olvidarse que las medidas de compensación ambiental que se imponen a los titulares de la licencia surgen como consecuencia directa de los impactos negativos que genera la construcción de un proyecto sobre el medio ambiente, en este caso un proyecto vial. En esa medida siendo el proyecto el que genera el impacto, éste debe compensar y restaurar los efectos que se producen al medio ambiente. Lo anterior permite señalar que, si bien las actividades debe ejecutarlas el Concesionario, la ANI como entidad estatal dueña del proyecto, puede colaborar para que esas compensaciones ambientales se realicen en aquellos predios que no requiere, no son desarrollables y son remanentes que pueden eventualmente servir para los fines que persigue la entidad ambiental.

Finalmente, el Tribunal advierte que lo que ha indicado, de ninguna manera supone o exime al Concesionario de solicitar en adelante las autorizaciones que sean del caso, cuando se pretenda utilizar predios y áreas de titularidad de la ANI o de cualquier otro tercero. Se repite, lo que habrá de decidirse, en este concreto caso, tiene como fundamento, la existencia de decisiones previas por parte de las Autoridades Ambientales y, en todo caso, no exime de una posible responsabilidad a la Concesionaria por haber pretermitido este requisito. Adicionalmente y en todos aquellos casos en que la reforestación no se ha iniciado, la Concesionaria deberá, si pretende utilizar predios remanentes, solicitar la autorización de la ANI y, en caso de no obtenerla, proceder a informarlo a la entidad ambiental para lograr los ajustes del caso.

Con base en lo expuesto, el Tribunal declarara que las compensaciones ambientales en reforestación protectora por la afectación de la cobertura vegetal, impuestas en las licencias 1221 de 2008, 1763 de 2008 y 943 de 2011, se han venido cumpliendo por la Concesionaria en las áreas autorizadas por CORTOLIMA que se encuentran vinculadas al proyecto y son de propiedad de la ANI, y que, por las razones que han sido expuestas, se entienden podían ser cumplidas en esas áreas. Estas declaraciones, como ya se indicó, se soportan únicamente en lo certificado y manifestado por la autoridad ambiental para cada una de esas licencias mencionadas respecto de las que se probó la realización total o parcial de estas compensaciones (reforestación) y frente a las que existe un pronunciamiento de la Autoridad Ambiental y no porque deba entenderse que, la ANI tiene la obligación de adquirir y proveer los predios para cumplir con las obligaciones forestales o los recursos monetarios para tal propósito

Con las precisiones efectuadas, el Tribunal **declarará la Prosperidad Parcial de las Pretensiones Décima Primera y Décima Segunda de la Demanda, y desestimaré la Pretensión Décima Tercera.** La Pretensión **Subsidiaria** será igualmente denegada en tanto está condicionada a la denegación de estas tres últimas pretensiones y prosperaron parcialmente las Pretensiones Décima Primera y Décima Segunda.

4.6 LAS PRETENSIONES DEL GRUPO “VI.6 CONCERNIENTES AL RECLAMO DE LAS OBRAS ADICIONALES DE LA AVENIDA PEDRO TAFUR”.

La Convocante formuló las siguientes Pretensiones:

“VI.6 PRETENSIONES CONCERNIENTES AL RECLAMO DEL PAGO DE LAS OBRAS ADELANTADAS EN LA AVENIDA PEDRO TAFUR.

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

PRIMERA: Se declare que entre el Instituto Nacional de Concesiones-INCO y el Municipio de Ibagué se celebró el Convenio Interadministrativo No. 002 de 2006 de fecha 25 de julio de 2006 para mejorar el acceso a la ciudad de Ibagué a través de la Ruta 43, Tramo 4305.

SEGUNDA: Se declare que el Instituto Nacional de Concesiones-INCO y el Municipio de Ibagué el día 12 de agosto de 2009 suscribieron el Otrosí No. 1 al Convenio Interadministrativo No. 002 de 2006 mediante el cual se precisaron las actividades a ser ejecutadas en la vía objeto del Convenio y se concretaron las obligaciones de las Partes.

TERCERA: Se declare que en prosecución del Convenio No. 002 de 2006 y su Modificatorio, el Instituto Nacional de Concesiones-INCO celebró con la Concesionaria San Rafael S.A. el 21 de agosto de 2009 el Otrosí No. 4 al Contrato de Concesión No. 007 de 2007 mediante el cual se concretó el Alcance del Numeral 2.3 Subnumeral 6 del Apéndice A “Alcances del Proyecto” del Contrato de Concesión No. 007 de 2007 puntualizando en su Cláusula Primera, numeral (v), las obras y actividades que debían adelantarse en el Subtramo V conocido como Avenida Pedro Tafur.

CUARTA: Se declare que de conformidad con el Convenio Interadministrativo No. 002 de 2006 y su Otrosí No. 1, el Instituto Nacional de Concesiones-INCO tenía la obligación de entregar al Municipio de Ibagué, entre otras, las obras correspondientes al Subtramo V conocido como Avenida Pedro Tafur, una vez fueran terminadas y puestas al servicio de los usuarios por parte de la Concesionaria San Rafael S.A.

QUINTA: Se declare que las obras y actividades contratadas mediante el Otrosí No. 4 al Contrato de Concesión No. 007 de 2007 correspondientes al Subtramo V conocido como Avenida Pedro Tafur fueron ejecutadas por la Concesionaria San Rafael S.A., a través del Consorcio Grupo Constructor San Rafael, entre los meses de octubre y noviembre de 2010 conforme aparece acreditado en las Actas anejas a las Facturas de Venta número 0497 de 14 de diciembre de 2010 y 0503 de 18 de enero de 2011 presentadas por el Consorcio a la Concesionaria.

SEXTA: Se declare que las obras y actividades contratadas mediante el Otrosí No. 4 al Contrato de Concesión No. 007 de 2007 correspondientes al Subtramo V conocido como Avenida Pedro Tafur ejecutadas por el Consorcio Grupo Constructor San Rafael fueron pagadas por la Concesionaria al Consorcio mediante el cubrimiento de las Facturas número 0497 de 14 de diciembre de 2010 y 0503 de 18 de enero de 2011 presentadas por éste.

SÉPTIMA: Se declare que las obras relativas a la denominada Avenida Pedro Tafur, contratadas a través del Otrosí No. 4 al Contrato de Concesión No. 007 de 2007, fueron cabalmente terminadas por la Concesionaria San Rafael S.A. dentro de los plazos establecidos tal y como aparece consignado en el Informe Final de Interventoría –Tomo I, Página 24, Tabla. Cuadro Alcance Obras y Ejecución del Otrosí No.4 al Contrato Concesión No. 007-2007; Fila V - Subtramo V- elaborado y entregado por el Consorcio INTERCONCESIONES a la Agencia Nacional de Infraestructura-ANI en el mes de mayo de 2012.

OCTAVA: Se declare que el Instituto Nacional de Concesiones-INCO no documentó la entrega material al Municipio de Ibagué de las intervenciones ejecutadas por la Concesionaria San Rafael S.A. correspondientes al Subtramo V conocido como Avenida Pedro Tafur estando obligado a ello por virtud de lo pactado en el Convenio Interadministrativo No. 002 de 2006 y su Modificatorio No. 1.

NOVENA: Se declare que las obras ejecutadas por la Concesionaria San Rafael S.A. en virtud del Otrosí No. 4 al Contrato de Concesión No. 007 de 2007, correspondientes

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)**

al Subtramo V conocido como Avenida Pedro Tafur, no fueron mantenidas por el Municipio de Ibagué conforme estaba obligado en virtud de lo pactado en el Convenio Interadministrativo No. 002 de 2006 y su Modificadorio No. 1 celebrado con el Instituto Nacional de Concesiones-INCO.

DÉCIMA: Se declare que las obras ejecutadas por la Concesionaria San Rafael S.A. sobre la carpeta asfáltica, puntualmente detalladas en la Cláusula Primera del Otrosí No. 4 al Contrato de Concesión No. 007 de 2007, correspondientes al Subtramo V conocido como Avenida Pedro Tafur, se deterioraron por la ausencia del mantenimiento que debía ser ejecutado por el Municipio de Ibagué y, además, como consecuencia de la Ola Invernal que azotó a todo el País a finales del año 2010 y durante buena parte del año 2011.

DÉCIMA PRIMERA: Se declare que las obras ejecutadas por la Concesionaria San Rafael S.A., en virtud del Otrosí No. 4 al Contrato de Concesión No. 007 de 2007 correspondientes al Subtramo V conocido como Avenida Pedro Tafur se deterioraron como consecuencia de las dos razones expuestas en la Pretensión anterior y además por el exceso de carga al que fueron sometidas por razón del Tránsito de vehículos de carga pesada desviados a ella desde las vías de orden Nacional que se vieron cerradas durante el periodo de la Ola Invernal.

DÉCIMA SEGUNDA: Se declare que la Concesionaria San Rafael S.A. tuvo que refaccionar las obras ejecutadas en virtud del Otrosí No. 4 al Contrato de Concesión No. 007 de 2007 correspondientes al Subtramo V conocido como Avenida Pedro Tafur en razón de que las mismas se deterioraron por las causas expresadas en las dos Pretensiones anteriores.

DÉCIMA TERCERA: Se declare que las obras de refacción a que alude la Pretensión anterior fueron ejecutadas por la Concesionaria San Rafael S.A. en el mes de febrero de 2014 a través del Consorcio Grupo Constructor San Rafael conforme aparece acreditado en el Acta aneja a la Factura de Venta número 0966 de 10 de marzo de 2014 que fue presentada a la Concesionaria.

DÉCIMA CUARTA: Se declare que las obras y actividades a que alude la Pretensión Décima Segunda anterior fueron pagadas por la Concesionaria San Rafael S.A. mediante el cubrimiento de la Factura de Venta número 0966 de 10 de marzo de 2014 presentada por el Consorcio Grupo Constructor San Rafael.

DÉCIMA QUINTA: Se declare que las obras a que alude la Pretensión Decima Segunda anterior fueron entregadas por la Agencia Nacional de Infraestructura-ANI al Municipio de Ibagué el día 5 de marzo de 2014 y, esta vez sí, como era lo debido, lo documentó mediante la suscripción de la correspondiente exigida Acta de Entrega.

DÉCIMA SEXTA: Se declare que la Agencia Nacional de Infraestructura-ANI debe reconocer y pagar a la Concesionaria San Rafael S.A. el valor invertido en la refacción de las obras de qué trata la Pretensión Decima Segunda anterior representado en la Factura de Venta No. 0966 de 10 de marzo de 2014 generada por el Consorcio Grupo Constructor San Rafael.

DÉCIMA SÉPTIMA: Que como consecuencia de la prosperidad de las anteriores Pretensiones se condene a la Agencia Nacional de Infraestructura-ANI a pagar a la Concesionaria San Rafael S.A., debidamente indexada, la suma de \$1.206.591.346 que corresponde al valor invertido en la refacción de las obras de qué trata la Pretensión Decima Segunda anterior”.

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

4.6.1 La demanda del Concesionario.

Corresponde ahora al Tribunal abordar el grupo de pretensiones de la Parte Convocante relacionadas con el reclamo del pago de las obras adelantadas en la Avenida Pedro Tafur, que aparece en el numeral VI.6 de la demanda.

Se trata de 17 pretensiones principales, algunas de ellas consecuenciales, pero ninguna subsidiaria.

1. Las pretensiones Primera y Segunda apuntan a que el Tribunal declare, respectivamente, (i) que entre el INCO (hoy, ANI) y el Municipio de Ibagué se celebró el Convenio Interadministrativo número 002 de 25 de julio de 2006 para mejorar el acceso a la ciudad por la Ruta 43, Tramo 4305 y que, (ii) entre las mismas Partes, se suscribió el Otrosí No. 1 de 12 de agosto de 2009 para precisar las obligaciones de las Partes en dicho Convenio.
2. En la pretensión Tercera se pide que el Tribunal declare que, en desarrollo del Convenio Interadministrativo citado atrás, el INCO celebró con la CONCESIONARIA SAN RAFAEL el 21 de agosto de 2009 el Otrosí No. 4 al Contrato de Concesión 007 de 2007 para puntualizar las obligaciones que debían adelantarse en el Subtramo V conocido como Avenida Pedro Tafur.
3. La pretensión Cuarta pide que se declare que de conformidad con el Convenio Interadministrativo No 002 de 2006, el INCO tenía la obligación de entregar al Municipio de Ibagué las obras del Subtramo 5 - Avenida Pedro Tafur - una vez fueran terminadas y puestas al servicio de los usuarios por parte de la Concesionaria.
4. La pretensión Quinta pide que se declare que las obras contratadas mediante el Otrosí No. 4 al Contrato de Concesión 007 de 2007 fueron ejecutadas por la CONCESIONARIA SAN RAFAEL a través del Consorcio Grupo Constructor San Rafael entre los meses de octubre y noviembre de 2010, según las actas anejas a las facturas de venta No 0497 de 14 de diciembre de 2010 y 0503 del 18 de enero de 2011 presentadas por el Consorcio a la Concesionaria.
5. La pretensión Sexta pide que se declare que la Concesionaria pagó al Consorcio San Rafael las facturas mencionadas en la pretensión Quinta.
6. La pretensión Séptima pide que se declare que las obras relativas a la Avenida Pedro Tafur fueron cabal y oportunamente ejecutadas por la CONCESIONARIA SAN RAFAEL según el Informe Final de Interventoría elaborado y entregado por el Consorcio Interconcesiones a la ANI en mayo de 2012.
7. La pretensión Octava pide que se declare que el INCO no documentó la entrega material al Municipio de Ibagué de las intervenciones ejecutadas por la CONCESIONARIA SAN RAFAEL correspondientes a la Avenida Pedro Tafur estando obligado a ello por virtud de lo pactado en el Convenio Interadministrativo No 002 de 2006 y su Otrosí No. 1.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)**

8. La pretensión Novena pide que se declare que el Municipio de Ibagué no hizo trabajo de mantenimiento de la Avenida Pedro Tafur según estaba obligado en virtud de lo pactado en el Convenio Interadministrativo No. 002 y su Otrosí No. 1.
9. La pretensión Décima pide que se declare que las obras ejecutadas por la CONCESIONARIA SAN RAFAEL sobre la carpeta asfáltica se deterioraron por la ausencia de mantenimiento que debía hacer el municipio de Ibagué y por la Ola Invernal que azotó al país en el año 2010 y buena parte del año 2011.
10. La pretensión Décima Primera pide que se declare que, además de las causas que produjeron el deterioro de la Avenida Pedro Tafur señaladas en la pretensión Décima, intervino otra causa como el exceso de carga a que fue sometida la Avenida por el desvío de vehículos de carga pesada desde vías nacionales.
11. La Pretensión Décima Segunda pide que se declare que la Concesionaria tuvo que refaccionar las obras ejecutadas en la Avenida Pedro Tafur en razón a que las mismas se deterioraron por las causas señaladas en las dos pretensiones anteriores.
12. La pretensión Décima Tercera pide que se declare que la CONCESIONARIA SAN RAFAEL hizo las obras de refacción de la Avenida Pedro Tafur en el mes de febrero de 2014 a través del Consorcio San Rafael, según acta aneja a la factura de venta No 0966 de 10 de marzo de 2014, que fue presentada a la Concesionaria.
13. La pretensión Décima Cuarta pide que se declare que la CONCESIONARIA SAN RAFAEL pagó al Consorcio San Rafael las obras de refacción que esta última adelantó en la Avenida Pedro Tafur, según factura 0966 de 10 de marzo de 2014.
14. La pretensión Décima Quinta pide que se declare que las obras de la Avenida Pedro Tafur fueron entregadas por la ANI al Municipio de Ibagué mediante suscripción de Acta de Entrega.
15. La pretensión Décima Sexta pide que se declare que la ANI debe reconocer y pagar a la CONCESIONARIA SAN RAFAEL el valor invertido en las obras de refacción de la Avenida Pedro Tafur según factura No 0966 de 10 de marzo de 2014 generada por el Consorcio grupo Constructor San Rafael.
16. La pretensión Décima Séptima pide que se declare que, como consecuencia de la prosperidad de las pretensiones anteriores, la ANI debe pagar a la Concesionaria la suma de \$1,206.591.346 con la indexación correspondiente.

4.6.2 Contestación de la demanda.

Por su parte, la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA contestó la demanda y propuso de entrada la excepción de caducidad, que, de prosperar, dejará sin asidero a todas las pretensiones de este grupo. Además de la caducidad, la ANI alega:

1. Que la entrega de las obras de la Avenida Pedro Tafur no debía darse en el momento en que el Concesionario dijera que estaban terminadas sino a la fecha de recibo a satisfacción por parte de la Interventoría como lo estableció el Otrosí No. 4 del Contrato de Concesión 007 de 2007. En ese sentido, la Interventoría radicó en la ANI

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)**

la nota IBG de 17 de diciembre de 2010 en que manifestó que la Avenida tenía una serie de fisuras de distinto tipo que afectan el pavimento de manera temprana.

2. Aduce la ANI que la Interventoría mediante comunicación del 27 de noviembre de 2012 expresó al Concesionario que la capa de rodadura presentaba fisuras en un alto porcentaje del área pavimentada.
3. En carta de la Interventoría a la ANI del 18 de diciembre de 2012 sobre la *ayuda de memoria* después de un recorrido de inspección en la Avenida Pedro Tafur, indicó que había fisuras abiertas en la vía de forma generalizada.
4. La Interventoría Consorcio Interconcesiones radicó en la ANI una carta del 26 de febrero de 2013 en que informó el incumplimiento de cronograma -según la Cláusula 26.1.12 del Contrato de Concesión- de obra en la Avenida y conceptuó que las obras no estaban terminadas por la fisuración en el Subtramo V.
5. En carta de 16 de octubre de 2013 la Interventoría solicitó a la ANI la disminución de la remuneración del Concesionario en virtud de la Cláusula 26.1.11 del Contrato de Concesión a la par de que le concedió al Convocante un plazo de cuatro meses para terminar las obras en la Avenida.
6. Entre el 24 de enero de 2014 y el 20 de febrero siguiente el Concesionario hizo el mantenimiento de la obra que consistió en fresado y repavimentación en espesor aproximado de 7 cm de mezcla asfáltica.
7. El cinco de marzo de 2014 la ANI entregó las obras de refacción -acciones correctivas- al Municipio de Ibagué y desde esa fecha este último asume el mantenimiento de la Avenida Pedro Tafur. Antes, tal mantenimiento corría a cargo de la Convocante.

4.6.3 Problema legal.

Como se señaló, la Convocante planteó al Tribunal, por una parte, determinar si se produjo el fenómeno de la caducidad respecto del grupo de pretensiones relativas a la Avenida Pedro Tafur y de otra, resolver quién, entre Convocante y Convocada, asume el riesgo del deterioro de la cosa que se debe entregar.

4.6.4 Sobre la caducidad.

El primer tema ya fue despachado por el Tribunal en la primera parte de este laudo (asuntos previos), en el que indicó que, por las razones allí expuestas, **tal excepción no está llamada a prosperar**. Por razón de lo anterior en este acápite el Tribunal solo consignará el análisis respecto de quién debe asumir el riesgo del deterioro de la cosa que se debe entregar.

4.6.5 Sobre el riesgo de la cosa que se debe entregar.

En términos generales la disputa legal sobre las obras en la Avenida Pedro Tafur consiste en que la Convocante alega que las terminó en un 100% en el año 2010 según certificación

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

de la Interventoría de la época y la Avenida se abrió al uso público de manera casi inmediata, pero sin entrega formal por acta de la Concesionaria a la ANI y con el paso del tiempo, por una ola invernal y por concentración de tráfico pesado, se deterioró. A pesar de lo anterior, por requerimiento de la ANI, antes de firma de acta de entrega, la Convocante hizo las obras de reparación y es precisamente el valor de esas obras el que hoy le reclama a la ANI en esta demanda. Es decir, como las obras iniciales se entregaron materialmente, aunque sin acta, el riesgo del deterioro de la Avenida lo debe correr la ANI. En palabras de la Convocante, hizo la obra dos veces.

Por su parte, la ANI alega que la única entrega válida es la que se refleja en un acta de entrega cuando las obras se hayan realizado a satisfacción de la Interventoría y en consecuencia, el riesgo del deterioro lo debe asumir la Concesionaria; es decir, las obras que ésta hizo cuando se presentó el deterioro deben ser asumidas por la Convocante pues no se había producido la entrega por acta formal.

Las posiciones asumidas por las Partes llevan al Tribunal a abordar en primer lugar, las obligaciones asumidas por las Partes en el contrato interadministrativo entre el Municipio de Ibagué y la ANI, de un lado, y la ANI y la Concesionaria, de otro lado; en segundo lugar, si hubo terminación de las obras y si fueron entregadas al uso público y su efecto sobre las obligaciones contractuales y, en tercer lugar, las conclusiones del Tribunal.

4.6.5.1 Obligaciones contractuales.

Se trata de dos contratos independientes pero conexos. El primero es el Convenio Interadministrativo N° 002 del 25 de julio de 2006 suscrito por el Instituto Nacional de Concesiones, INCO, -hoy, ANI- y el Municipio de Ibagué y su Otrosí N° 1 de 12 de agosto de 2009, El segundo es el Otrosí N° 4 al Contrato de Concesión N° 007 de 2007 entre la Convocante y la Convocada.

El Tribunal, por facilidad, hablará de las obras en la Avenida Pedro Tafur para evitar la descripción del tramo objeto de rehabilitación con sus puntos extremos que, en todo caso, se reflejan en los dos contratos.

La conexión entre los dos contratos es evidente: la ANI recibe la Avenida Pedro Tafur del Municipio de Ibagué por el Convenio Interadministrativo para a su vez, entregarla a la Concesionaria para su rehabilitación según el Otrosí N° 4 del Contrato de Concesión. Cuando la rehabilitación fuera terminada, la Concesionaria entregaba la Avenida a la ANI y ésta al Municipio de Ibagué.

El Convenio Interadministrativo prevé en su Cláusula Sexta que *El INCO se obliga a revertir al municipio los tramos de vía que le fueron entregados de manera temporal para el cumplimiento de las obligaciones objeto del presente Convenio, a medida que se perfeccione la entrega y recibo de las obras en los respectivos sectores.*

De la Cláusula Sexta transcrita no se desprende la obligación de entrega formal mediante acta suscrita por las Partes de las obras de la Avenida Pedro Tafur. Y tampoco le exige allí

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)**

el Municipio de Ibagué al INCO que reciba previamente mediante acta las obras por parte de la Convocante en el Otrosí N° 4 del Contrato de Concesión.

En el Otrosí N° 4 tampoco aparece una obligación de entrega formal mediante acta suscrita por la CONCESIONARIA SAN RAFAEL y la ANI.

Ahora bien, la no exigencia del acta no significa que disminuya la obligación de adelantar las obras en la calidad y cantidad requeridas en el contrato.

Como corolario de la entrega de las obras, la Cláusula Cuarta del Convenio Interadministrativo prevé como una de las obligaciones del Municipio: *Mantener de manera rutinaria y periódica las obras desarrolladas en los correspondientes sectores objeto del presente Convenio. Esta labor se iniciará cuando el INCO entregue las obras al Municipio.*

4.6.5.2 Terminación y entrega de las obras.

Debe el Tribunal, ahora, determinar si las obras de rehabilitación de la Avenida Pedro Tafur fueron realizadas en su totalidad y si se entregaron al uso público independientemente de la existencia de un acta formal de entrega.

La terminación de las obras está probada por la certificación de la Interventoría de la época, Consorcio Interconcesiones. En efecto, aparece como prueba en el expediente un *Cuadro Alcance Obras y Ejecución del Otrosí N° 4 al Contrato Concesión N° 007-2007*. Allí expresa que se ejecutaron en un 100% las obras del Subtramo V entre la Glorieta Monumento a la Música y la Glorieta Mirolindo en una extensión de 2 km, desde el 21 de agosto de 2009 hasta el 21 de diciembre de 2012. Aunque el Tribunal es consciente de que tiempo después hubo requerimientos de otras interventorías, el hecho es que en una fecha determinada la Convocante cumplió con sus obligaciones sin reparo alguno de la Interventoría. Así las cosas, es importante determinar si la Avenida se abrió al tránsito vehicular y si los nuevos requerimientos de las interventorías pueden situarse más en el terreno de las garantías por mala ejecución de las obras que en el terreno del cumplimiento inicial de la obligación de la Convocante.

El testimonio de MARÍA CAROLINA CONTRERAS dice que las obras se terminaron en el año 2010 y que la Avenida Pedro Tafur se abrió al tránsito vehicular en diciembre de 2010 a pesar de que el documento de la Interventoría Interconcesiones da cuenta de la terminación de las obras en un 100% en diciembre de 2012. Agrega que no recuerda que haya habido un acta de entrega formal de las obras de la Concesionaria al INCO.

Por su parte, DIANA GUTIÉRREZ DE PIÑERES, de la Interventoría posterior a la que certificó la ejecución total de las obras, manifestó que se requería una entrega a satisfacción de la Concesionaria a la Interventoría para que ésta, a su vez, hiciera entrega junto con la ANI al Municipio de Ibagué. Ninguno de estos dos testigos citó norma contractual que exigiera un acta formal de entrega. No hizo manifestación sobre la fecha en que se dio al servicio la Avenida.

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

En el informe final de Interventoría Interconcesiones de mayo de 2012 aparece en el numeral 10.6.11 una anotación datada el 30 de agosto de 2011 que reza: Mantenimiento Pedro Tafur; *se aprecian fallas y se harán las reparaciones del caso una vez disminuya el tráfico debido a la entrada en uso del otro tramo*. En el Capítulo 12 Temas Pendientes, numeral 12.1 se afirma que *A la fecha falta la intervención a la rehabilitación a la Avenida Pedro Tafur*.

Las citas del Informe Final que, a propósito, trae a colación el Ministerio Público, son fundamentales para el Tribunal pues demuestran que la Avenida Pedro Tafur se puso al servicio del público sin entrega o recibo formal por acta de la Concesionaria a la ANI y que la observación sobre las reparaciones fueron calificadas como de mantenimiento. En otras palabras, según el Informe Final, se esperaba la entrada en uso del otro tramo para poder trabajar en la Avenida Pedro Tafur por disminución en su tráfico y además, que las reparaciones eran de mantenimiento, lo que supone una entrega material previa por parte de la Concesionaria a la ANI.

La Cláusula 44 del Contrato de Concesión 007, relativa a la verificación de las obras de construcción, no exige acta formal de entrega, tan solo habla en su numeral 44.2 que *Una vez puestas a disposición del interventor y del Inco...*, para concluir con un plazo de 30 días para su verificación o para formular solicitudes de corrección.

No obstante que del Informe Final de mayo de 2012 se desprende que la Avenida ya estaba en uso y que requería mantenimiento, que supone entrega previa, la Interventoría presentó con posterioridad nuevas comunicaciones sobre la Avenida Pedro Tafur: el 14 de febrero de 2013 por parte de Consorcio Interconcesiones en que señaló la existencia de *fisuras y demás patologías prematuras*, la necesidad de utilizar la Guía Metodológica para la Rehabilitación, la no entrega de obras por parte de la Concesionaria para que el Municipio de Ibagué acometa su obligación de operar y mantener y la ausencia de requisitos para recibir la obra por parte del INCO. El 26 de febrero de 2013 el Consorcio Interconcesiones repitió en esencia las observaciones de la nota de 14 de febrero del mismo año.

La ANI, finalmente, no se refirió a la entrega material o real de la Avenida ni al hecho de su utilización para el tráfico vehicular.

Llama la atención del Tribunal que en los alegatos de la ANI se expresa que la Concesionaria terminó las obras, después de los requerimientos de la Interventoría, el 20 de febrero de 2014, sin presentar acta de entrega formal de la Concesionaria a la ANI y que el 5 de marzo del mismo año, ahí sí con acta formal, la ANI entregó las obras al Municipio de Ibagué.

La ANI no objeta que la Avenida hubiera sido puesta al uso público en diciembre de 2010 pero sí presenta una comunicación de la Interventoría de 17 de diciembre de 2010 en que afirmó que *“Se encuentra de forma aislada una serie de fisuras de distinto tipo que han comenzado a afectar el pavimento de forma temprana.”* De lo anterior no se desprende necesariamente el uso público de la Avenida, pero sí que esas observaciones estaban subsanadas a diciembre de 2012 cuando la propia Interventoría certificó la terminación de las obras, como se indicó atrás.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)**

4.6.6 Conclusiones.

El Tribunal encuentra probado que en materia de entrega de las obras ni el Convenio Interadministrativo ni el Otrosí N° 4 exigían acta de entrega de las obras de la Avenida Pedro Tafur, pero sí ponerlas a disposición, según Cláusula 44 del Contrato de Concesión. Desde luego que suscribir un acta es lo deseable en una buena administración de un contrato estatal porque allí se pueden advertir faltantes en las obras contratadas y defectos de construcción además de todo lo relativo a las características técnicas, material de construcción, medidas, etc.

También aparece que en el Informe Final de Interventoría Interconcesiones las obras de la Avenida se terminaron en un 100% el 21 de diciembre de 2012.

El Tribunal halló demostrado que la Avenida Pedro Tafur se dio al servicio de la comunidad como se deduce del Informe Final de la Interventoría, sin que mediara acta de entrega. Lo anterior corresponde con la declaración de la testigo MARÍA CAROLINA CONTRERAS quien manifestó que la Avenida comenzó a utilizarse desde diciembre de 2010. Esta fecha es coherente con el pago del año 2010 que hizo la Concesionaria al Consorcio Constructor San Rafael entidad que adelantó materialmente las obras de la Avenida para que aquella la pusiera a disposición del INCO según el Otrosí N° 4.

En el Informe final de Interventoría, ésta manifiesta que espera la disminución del tráfico automotor por la Avenida por la entrada en uso del otro tramo para adelantar las tareas de mantenimiento; es decir, la Avenida Pedro Tafur estaba soportando todo el tráfico automotor y la entrada del otro tramo iba a permitir un menor tráfico y la ocasión para las tareas de mantenimiento, que no de completamiento, lo que significa que las obras estuvieron terminadas y en uso público antes de la fecha del Informe Final.

En el Informe Final se habla de mantenimiento de la vía en fecha de 30 de agosto de 2011 lo que supone entrega material previa y que las refacciones requeridas no se referían a completamiento de la obra.

Llama la atención del Tribunal que el uso por toda la comunidad de una Avenida Pública como la Pedro Tafur es un hecho ostensible e inocultable y que la ANI o la Interventoría no hubieran detenido su uso hasta lograr un acta de entrega o haberla obtenido sin cerrar la vía.

Para el Tribunal, el uso de la Avenida sin acta de entrega no supone que no haya habido entrega. De hecho, el mero uso público de la Avenida a ciencia y paciencia de la Interventoría y de la ANI suponen una entrega previa por parte de la Concesionaria. Y es que la entrega no es un acto solemne de manera que bien se puede entregar señalando el bien, dando sus llaves de acceso o poniéndolo a disposición.

Si el riesgo del cuerpo cierto que se deba está a cargo del acreedor según el artículo 1607 del Código Civil, el Tribunal tiene que concluir que desde la entrega de la Avenida al uso público el riesgo del deterioro se traslada de la Concesionaria a la ANI pues, se insiste,

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

desde la fecha del Informe Final se constató que la Avenida estaba en uso y que se requerían obras de mantenimiento, no de terminación.

Así las cosas, la Concesionaria no tiene que asumir el riesgo del deterioro natural de la Avenida que se dio al servicio de la comunidad desde que la Concesionaria la puso a disposición de la ANI.

Como consecuencia de lo anterior, el Tribunal **declarará la prosperidad de las Pretensiones Primera, Segunda, Tercera, Cuarta, Quinta, Sexta, Séptima, Décima Tercera, Décima Cuarta, Décima Quinta, Décima Sexta y Décima Séptima.**

Respecto de la **Pretensión Octava** el Tribunal declarará que **no prospera** pues finalmente el INCO entregó las obras al Municipio de Ibagué el 5 de marzo de 2014, después que la Concesionaria interviniera la Avenida por segunda vez.

Igualmente, la **Pretensión Novena no prosperará** pues el Municipio de Ibagué no es parte en este proceso y el Tribunal, además, no puede constatar si hizo mantenimiento de la vía.

La **Pretensión Décima prosperará** por la transferencia del riesgo de la Concesionaria a la ANI, pero no por la falta de mantenimiento de la Avenida por el Municipio de Ibagué ni por la ola invernal.

La **Pretensión Décima Primera prosperará** por la transferencia del riesgo, como se indicó para la Pretensión anterior, pero no por el exceso de carga.

La **Pretensión Décima Segunda prosperará** pues la Concesionaria tuvo que hacer obras de refacción, pero no por causa de ausencia de mantenimiento del Municipio de Ibagué, ni por ola invernal o exceso de carga.

Finalmente, y en relación con la excepción formulada por la ANI en el numeral 7 del Capítulo V de su contestación de la demanda, en la que manifiesta que la Concesionaria debe asumir los costos de la Avenida Pedro Tafur pues fueron invertidos en desarrollo de obligaciones contractuales, el Tribunal la **desestimaré** con base en lo expuesto a lo largo de este aspecto del litigio, que se contrae a afirmar que la Concesionaria sí hizo las obras de la Avenida y a pesar de que no hubo recibo en acta suscrita por las Partes en el Contrato 007 de 2007, la Avenida se abrió al uso del tráfico automotor a ciencia y paciencia de la Interventoría y de la ANI; a lo anterior, se suma el hecho de que el riesgo del deterioro de la Avenida no puede ser asumido por la Concesionaria después de su entrega material. Por lo demás, la Concesionaria hizo por segunda ocasión las obras señaladas por la Interventoría.

4.7 LAS PRETENSIONES del Grupo “VI.7 CONCERNIENTES A LA ILUMINACION DE LAS INTERSECCIONES”

En el acápite VI. 7 de la demanda reformada, la Convocante consigna las siguientes pretensiones:

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)**

“VI.7 PRETENSIONES CONCERNIENTES A LA ILUMINACIÓN DE LAS INTERSECCIONES

PRIMERA: Se declare que el numeral 4.4 del Apéndice B “Especificaciones Técnicas de Operación, Mantenimiento y Servicios al Usuario” del Contrato de Concesión No 007 de 2007 es la disposición contractual que regula las obligaciones de la Concesionaria San Rafael S.A. en punto de la iluminación de las Intersecciones viales del Proyecto

SEGUNDA: Se declare que a la fecha de suscripción del Contrato de Concesión No. 007 de 2007 NO existía regulación técnica legal y/o reglamentaria y/o contractual sobre iluminación de Intersecciones viales a Nivel y Desnivel.

TERCERA: Se declare que el numeral 4.4 del Apéndice B “Especificaciones Técnicas de Operación, Mantenimiento y Servicios al Usuario” del Contrato de Concesión No 007 de 2007 NO impone la aplicación de ninguna especie de regulación técnica legal y/o reglamentaria sobre Iluminación de Intersecciones viales a Nivel y Desnivel.

CUARTA: Se declare que en razón de no existir Leyes, reglamentos o estipulaciones Contractuales regulatorias de la Iluminación de Intersecciones a Nivel y a Desnivel a la fecha de celebración del Contrato de Concesión No. 007 de 2007 no le era exigible a Concesionaria San Rafael S.A. el cumplimiento de disposiciones pertinentes posteriores en virtud de lo establecido en el artículo 38 de la Ley 153 de 1887⁸³.

QUINTA: Se declare que Concesionaria San Rafael S.A. NO estaba obligada a instrumentar y/o aplicar en la Iluminación de las Intersecciones del Proyecto las regulaciones contenidas en la Resolución 180540 de fecha 30 de marzo de 2010 - Reglamento Técnico de Iluminación y Alumbrado Público-RETILAP- por cuanto tal Resolución fue expedida por el Ministerio de Minas y Energía con posterioridad a la fecha de celebración del Contrato de Concesión No. 007 de 2007.

SEXTA: Que como consecuencia de la prosperidad de las Pretensiones Primera a Quinta anteriores se declare que los recursos que la Concesionaria San Rafael S.A. tuvo que invertir (\$1.169.000.000 pesos de 2019) en la compra e instalación de 334 luminarias, necesarias para implementar la Resolución 180540 de 2010, deben ser reconocidos y pagados a San Rafael S.A. por la Entidad Concedente.

SÉPTIMA: Que como consecuencia de la prosperidad de las Pretensiones Primera a Quinta anteriores se declare que la Entidad Concedente debe reconocer y pagar a Concesionaria San Rafael S.A. la suma de \$634.612.662.69 pesos que ésta sufragó entre los años 2012 y 2019 por concepto del consumo de la energía que demandaron las 334 luminarias adicionales aludidas en la Pretensión anterior.

OCTAVA: Se declare que a partir de la fecha de presentación de esta Demanda y hasta el 31 de diciembre de 2021, fecha de terminación del Contrato de Concesión No. 007 de 2007, el consumo de energía que demandarán las 334 luminarias ya aludidas será aproximadamente de 670.670.59 kilovatios que tendrán un costo aproximado de \$416.087.509 pesos de 2019.

NOVENA: Que como consecuencia de la prosperidad de la Pretensión Sexta anterior se condene a la Agencia Nacional de Infraestructura a pagar a Concesionaria San Rafael S.A. la suma de \$1.169.000.000 pesos de 2019 contra la ejecutoria del Laudo que ponga fin al Proceso Arbitral.

⁸³ Ley 153 de 1887. Art. 38.- En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)**

DÉCIMA: Que como consecuencia de la prosperidad de la Pretensión Séptima anterior se condene a la Agencia Nacional de Infraestructura a pagar a Concesionaria San Rafael S.A. la suma de \$634.612.662.69 de pesos de 2019 contra la ejecutoria del Laudo que ponga fin al Proceso Arbitral.

DÉCIMA PRIMERA: Que como consecuencia de la prosperidad de la Pretensión Octava anterior se condene a la Agencia Nacional de Infraestructura a pagar a Concesionaria San Rafael S.A. la suma de \$416.087.509 de pesos de 2019 contra la ejecutoria del Laudo que ponga fin al Proceso Arbitral o a la liquidación del Contrato de Concesión No. 007 de 2007, lo que ocurra primero”.

4.7.1 Lo pretendido en la Reforma de la demanda.

Otro grupo de pretensiones de la demanda es el relativo a la iluminación de las intersecciones en que la Convocante presenta once pretensiones de las cuales ninguna es subsidiaria.

1. La primera pretensión pide que se declare que el numeral 4.4 del Apéndice B “Especificaciones Técnicas de Operación, Mantenimiento y Servicios al Usuario” es la disposición contractual que regula las obligaciones de iluminación de las intersecciones.
2. La segunda pretensión pide que se declare que al momento de suscribirse el Contrato de Concesión no existía regulación técnica legal y/o reglamentaria y/o contractual sobre iluminación de intersecciones a nivel y desnivel.
3. La tercera pretensión pide que se declare que el numeral 4.4 ya citado no impone la aplicación de ninguna especie de regulación técnica legal y/o reglamentaria sobre iluminación de intersecciones viales a nivel y desnivel.
4. La cuarta pretensión pide que se declare que al no existir leyes, reglamentos o estipulaciones contractuales regulatorias sobre iluminación de intersecciones a nivel y a desnivel a la fecha de celebración del Contrato de Concesión N° 007 de 2007 no le era exigible a la Concesionaria el cumplimiento de disposiciones posteriores en virtud del artículo 38 de la Ley 153 de 1887.
5. La quinta pretensión pide, con base en la prosperidad de la pretensión anterior, que se declare que a la Concesionaria no le es aplicable la Resolución 180540 de 30 de marzo de 2010 del Ministerio de Minas y Energía – Reglamento Técnico de Iluminación y Alumbrado Público, RETILAB- por cuanto fue proferida con posterioridad a la celebración del Contrato de Concesión.
6. La sexta pretensión pide que se declare que, con base en la prosperidad de las cinco primeras pretensiones, la ANI debe reconocer y pagar a la Concesionaria los recursos que ésta invirtió - \$ 1.169.000.000 – en la compra e instalación de 334 luminarias para la implementación de la Resolución 180540.
7. La séptima pretensión pide que se declare que, con base en la prosperidad de las cinco primeras pretensiones, la ANI debe reconocerle y pagarle a la Concesionaria la

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)**

suma que ésta sufragó entre los años 2012 y 2019 por concepto de consumo de energía que demandaron las 334 luminarias adicionales aludidas en la pretensión anterior.

8. La octava pretensión pide que se declare que desde la fecha de presentación de la demanda y hasta el 31 de diciembre de 2021, fecha de terminación del Contrato de Concesión, el consumo de energía será de 670.670.59 kilovatios que tendrán un costo aproximado de \$ 416.087.509 pesos de 2019.
9. La novena pretensión pide que se declare que, como consecuencia de la prosperidad de la sexta pretensión, la ANI debe pagarle a la Concesionaria la suma de \$ 1.169.000.000 pesos de 2019 contra la ejecutoria del laudo.
10. La décima pretensión pide que, como consecuencia de la prosperidad de la séptima pretensión, se condene a la ANI a pagar a la Concesionaria la suma de \$ 634.612.662,69 de pesos de 2019 contra la ejecutoria del laudo.
11. La décima primera pretensión pide que, como consecuencia de la prosperidad de la octava pretensión, se condene a la ANI a pagar a la Concesionaria la suma de \$ 416.087.509 de pesos de 2019 contra la ejecutoria del laudo o a la liquidación del Contrato de Concesión, lo que ocurra primero.

4.7.2 La oposición de la ANI. Excepciones.

La ANI se opuso a las pretensiones de la Concesionaria con una excepción que denominó *El Concesionario San Rafael debe asumir de su propio patrimonio el valor de la iluminación de las intersecciones así como el pago pasado, presente y futuro del servicio público de energía pues esos costos hacen parte de su obligación contractual. Cobro de lo no debido.*

4.7.3 Diferencia jurídica.

La Concesionaria *alega* que al momento de suscribirse el Contrato de Concesión no existían normas legales, reglamentarias o contractuales sobre iluminación de intersecciones a nivel y a desnivel y como el artículo 38 de la Ley 153 de 1887 ordena incorporar al contrato las leyes vigentes al tiempo de su celebración, la Concesionaria no tiene obligación de asumir y pagar los costos relativos a la iluminación de las intersecciones de acuerdo con nuevas disposiciones reglamentarias.

La ANI, por su parte, alega que al momento de suscribirse el Contrato de Concesión sí existían normas de carácter legal y reglamentario sobre iluminación de intersecciones y que las nuevas normas sobre iluminación, expedidas después de la firma del Contrato de Concesión, son de obligatorio cumplimiento y los costos de implementación deben ser asumidos por la Concesionaria.

Vistos los alegatos de las Partes, el Tribunal encuentra que la Concesionaria no alega que no deba asumir los costos de iluminación de las intersecciones ni el del servicio público, sino que ya cumplió con esas obligaciones al comprar e instalar las luminarias que para ella

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

eran exigibles a la firma del Contrato de Concesión; es decir, la diferencia no se centra propiamente en quién asume esos costos sino si es obligatoria la renovación de las luminarias a medida que surgen nuevas reglamentaciones y a quién corresponde pagar los costos que aparea el cambio o renovación.

4.7.4 El Problema jurídico.

El problema concreto es si la Resolución 180540 de 30 de marzo de 2010 – Reglamento Técnico de Iluminación y Alumbrado Público, RETILAP – obliga a la Concesionaria y además, si los costos de implementación deben ser asumidos por ésta.

La Concesionaria alega que la Resolución es posterior a la firma del Contrato de Concesión y que como éste incorpora las leyes vigentes al tiempo de su celebración no tiene la obligación de asumir los costos de implementación de la Resolución 180540. No discute que tenga a cargo la instalación y mantenimiento de las luminarias según el Contrato de Concesión, pero sí alega que ya cumplió de acuerdo con el Contrato de Concesión y con la reglamentación vigente al tiempo de las obras correspondientes.

La ANI sostiene que la instalación de las luminarias de las intersecciones fue posterior a la entrada en vigor de la Resolución 180540 de 30 de marzo de 2010 según los informes de avance de obra rendidos por la Concesionaria en oficio GIC-2013-000995 de 26 de junio de 2013 y la prueba 81 de la demanda reformada. Como la Resolución citada es obligatoria y la Concesionaria tiene a cargo todos los costos relativos a la iluminación de intersecciones según El Contrato de Concesión 007 de 2007, entonces la Concesionaria debe asumir los costos de implementación y mantenimiento exigidos en la Resolución 180540.

El Ministerio Público respalda en su escrito de alegatos la posición de la ANI pues afirma que la instalación de las luminarias por parte de la Concesionaria se hizo con posterioridad a la entrada en vigor de la Resolución 180540 y que, en consecuencia, la Concesionaria debe asumir los costos de compra, instalación y mantenimiento necesarios para cumplir con esa Resolución, como lo estipula el Contrato de Concesión 007 de 2007.

4.7.5 Consideraciones del Tribunal.

El Tribunal entiende que son dos cosas distintas la obligatoriedad de la Resolución 180540 que tiene los efectos materiales de una reglamentación técnica general de naturaleza administrativa, de una parte, y sus efectos en el Contrato de Concesión 007 de 2007 en el sentido de cuál de las Partes debe asumir los costos de su implementación, de la otra.

4.7.5.1 Obligatoriedad.

El Tribunal encuentra que al momento de firmarse el Contrato de Concesión 007 de 2007 estaban vigentes las normas NTC900 (Reglas generales y especificaciones para el alumbrado público) y NTC 2230 (Luminarias) y **no estaba vigente la Resolución 18331 de 6 de agosto de 2009 del Ministerio de Minas y Energía que contiene el Reglamento Técnico de Iluminación y Alumbrado Público, RETILAP**; esta Resolución fue modificada por la Resolución 180540 de 30 de marzo de 2010 del Ministerio de Minas y Energía y está

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

en vigor desde el 30 de marzo de 2010. En la Sección 110 de esta última se ordena que *Los requisitos y prescripciones técnicas de este Reglamento serán de obligatorio cumplimiento en Colombia en todas las instalaciones nuevas, remodelaciones o ampliaciones públicas o privadas.*

Inicialmente el Ministerio expidió la Resolución 18331 de 6 de agosto de 2009 sobre RETILAP pero fue necesario modificarla pues había que aclarar algunos requisitos, realizar ajustes de redacción, renumerar tablas y figuras, además de dificultades en la certificación de los productos objeto del reglamento por la carencia de laboratorios certificados, según se lee en el Considerando de la Resolución 180540.

En la Sección 100, Objeto, la Resolución 180540 prevé que es *objeto fundamental establecer los requisitos y medidas que deben cumplir los sistemas de iluminación y alumbrado público, tendientes a garantizar: los niveles y calidades de la energía lumínica requerida para la actividad visual, la seguridad en el abastecimiento energético, la protección del consumo y la preservación del medio ambiente; previniendo, minimizando o eliminando los riesgos originados, por la instalación y uso de sistemas de iluminación.*

La Sección 110 de la Resolución 180540 se intitula *Alcance y en su primera parte establece que el presente Reglamento se aplica a las instalaciones de iluminación, tanto interior como exterior y en estas últimas se incluye el alumbrado público.*

En la parte 110.1 de la Sección 110, intitulada *Instalaciones*, se prescribe que Los requisitos y prescripciones técnicas de este Reglamento serán de obligatorio cumplimiento en Colombia, en todas las instalaciones de iluminación nuevas, remodelaciones o ampliaciones, públicas o privadas. Y al final agrega que *El presente Reglamento Técnico se aplica a toda instalación de iluminación o alumbrado público construida, ampliada o remodelada a partir de su entrada en vigencia, de conformidad con lo siguiente:* A continuación, define tres conceptos en los puntos 110.1.1, 110.1.2 y 110.1.3.

La Resolución define en el punto 110.1.1 a *Las Instalaciones de iluminación nuevas* como aquellas que se construyan con posterioridad a su entrada en vigencia, es decir, a partir del 30 de marzo de 2010.

El punto 110.1.2 define el concepto de *Ampliación de instalaciones de iluminación* como aquella que *implique aumento de área con requerimiento de iluminación, instalación de nuevas fuentes de iluminación, modificación de las potencias de las fuentes, montaje adicional de dispositivos, equipos y luminarias.*

Finalmente, en el punto 110.1.3, la Resolución define el concepto de *Remodelación de instalaciones de iluminación y alumbrado público* como *la sustitución de dispositivos, equipos, controles, luminarias y demás componentes de la instalación de iluminación.*

En materia de obligatoriedad el Tribunal concluye que desde el punto de vista temporal, la Resolución 180540 empezó a regir el 30 de marzo de 2010; desde el punto de vista geográfico, se aplica a todo el territorio nacional y desde la perspectiva material, rige para

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

las Instalaciones de iluminación nuevas, la Ampliación de instalaciones de iluminación y la Remodelación de instalaciones de iluminación y alumbrado público.

No obstante lo anterior, llama la atención el Tribunal sobre el hecho de que la Resolución 180540 no obliga a la *Ampliación de instalaciones de iluminación* ni a la *Remodelación de instalaciones de iluminación y alumbrado público*, es decir, si se adelantan estas dos actividades bajo la vigencia de la Resolución, ésta es obligatoria, pero no hay obligación de adelantarlas por su mera entrada en vigencia. En ninguna parte la Resolución prevé la adecuación inmediata a la misma desde su entrada en vigencia a través de las dos actividades que se comentan, la *Ampliación y la Remodelación*.

4.7.5.2 La Resolución 180540 en el Contrato de Concesión 007 de 2007.

El Tribunal abordará en primer lugar, la entrada en vigencia de la Resolución 180540 de 2010 frente a los tiempos de las fases previstas en el Contrato de Concesión 007 de 2007; en segundo lugar, las obligaciones adquiridas en la materia por parte de la Concesionaria y, finalmente, los efectos en el caso particular de la Resolución en el Contrato de Concesión.

En relación con la entrada en vigencia de la Resolución 180540 el 30 de marzo de 2010, el Tribunal encuentra que para esa fecha el Contrato de Concesión se hallaba en la Etapa de Construcción que fue prevista entre el 22 de diciembre de 2008 y el 30 de noviembre de 2014. El Inicio de Ejecución del Contrato se dio el 21 de diciembre de 2007, la Etapa de Preconstrucción se surtió entre el 21 de diciembre de 2007 y el 21 de diciembre de 2008 y el Inicio de la Etapa de Operación y Mantenimiento del Proyecto se previó a partir del primero de diciembre de 2014.

De acuerdo con lo analizado de la Resolución 180540 de 2010, si la compra e instalación de las luminarias por parte de la Concesionaria se hizo antes del 30 de marzo de 2010, ésta no estuvo obligada por dicha Resolución que, de hecho, no existía; pero, tampoco la Resolución obligó a hacer una adaptación a sus prescripciones por el hecho de su entrada en vigor como se vio al analizar los conceptos de *Ampliación y Remodelación*.

Consta en el expediente que el diseño de detalle presentado por la Concesionaria no tuvo reparo de la Interventoría en su Informe Final de 2012 y que dicho diseño de detalle, con su respectiva memoria técnica, era requisito necesario para la firma del Acta de Iniciación de la Etapa de Construcción y Rehabilitación en los términos del punto 6.6, *in fine*, de la Cláusula 6 del Contrato de Concesión. Hasta acá, nada se le puede reprochar a la Concesionaria en punto al cumplimiento de lo relativo a iluminación y alumbrado público.

Respecto de las obligaciones adquiridas por la Concesionaria en el Contrato de Concesión, el Apéndice B, Especificaciones Técnicas de Operación, Mantenimiento y Servicios al Usuario, numeral 4.4 -Iluminación en la Vía- establece que la Concesionaria deberá asegurar la adecuada iluminación en las intersecciones a nivel y desnivel. El sistema de iluminación debe tener una eficiencia mínima de 95% medida en función del número de horas de lámparas en funcionamiento, frente al número de horas de lámparas existentes. También asigna a la Concesionaria los costos de construcción, mantenimiento y operación, así como el costo del servicio público para el adecuado funcionamiento de sus obligaciones.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)**

En el Capítulo 6 del Apéndice B citado, la Concesionaria se obliga a sujetarse a las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas vigentes.

El numeral 32.3 de la Cláusula 32 del Contrato de Concesión prevé que *“Cuando de acuerdo con las Especificaciones Técnicas de Operación y Mantenimiento, sea necesario renovar equipos o elementos de operación, seguridad o señalización, el Concesionario deberá hacerlo de tal manera que los nuevos equipos correspondan a tecnología actualizada al momento de la renovación, que permitan el cumplimiento de todas las obligaciones establecidas a cargo del Concesionario en este Contrato y sus apéndices, especialmente en las Especificaciones Técnicas de operación y Mantenimiento. En todo caso, la reposición de equipos debe producirse por lo menos una vez cada cinco años.”*

En el Apéndice C, numeral 5, del Contrato de Concesión se estipuló, en la parte final, a cargo de la Concesionaria, que, *“En todo caso, se debe cumplir con lo estipulado en las normas NTC900 (Reglas generales y especificaciones para el alumbrado público), NTC2230 (Luminarias) y todas las disposiciones legales sobre la materia y los documentos que las actualicen, modifiquen o aumenten.”*

Para el Tribunal no hay duda de que la Concesionaria tenía a cargo la obligación de comprar, instalar y mantener a su costa el sistema de iluminación de la vía en concesión y además, la obligación de actualizarlo cuando de acuerdo con las Especificaciones Técnicas de Operación y Mantenimiento sea necesario renovar equipos o elementos de operación, seguridad o señalización, según la Cláusula 32 del Contrato.

Tampoco existe duda sobre la obligación de reposición de equipos cada cinco años que, de acuerdo con la misma Cláusula 32, recae en la Concesionaria.

Respecto de los efectos legales de la Resolución 180540 de 2010 del Ministerio de Minas y Energía en el Contrato de Concesión, el Tribunal analizará el artículo 38 de la Ley 153 de 1887 frente a las obligaciones contractuales asumidas por la Concesionaria en materia de iluminación.

El artículo 38 de la Ley 153 de 1887. Como se sabe, este artículo regula la aplicación en el tiempo de la ley sustancial o, lo que es igual, el conflicto de las leyes en el tiempo. Dice su tenor literal: *En todo contrato se entenderán incorporados las leyes vigentes al tiempo de su celebración. Exceptúanse de esta disposición: 1. Las leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato, y 2. Las que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado; la cual infracción será castigada con arreglo a la ley bajo la cual se hubiere cometido.*

La norma del artículo 38 tiene por propósito dar seguridad jurídica a los contratantes pues desde el tiempo de la celebración los contratantes pueden estimar sus ventajas y riesgos, los costos, las ganancias y el valor de las inversiones y actividades derivadas del contrato. La no aplicación a su contrato de una ley futura despeja cualquier riesgo imprevisible pues nadie sabe cuál será el contenido de la nueva normativa.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)**

De manera coherente con la norma del artículo 38, el legislador también previó en materia de tránsito legislativo el principio de la irretroactividad de la ley cuando indica que ésta rige hacia el futuro y no puede desconocer derechos adquiridos.

No obstante lo anterior, el legislador también entendió que motivos de conveniencia nacional o de orden público pueden deber constituir una excepción al principio de irretroactividad de la ley pues no se compadece con el interés general tener situaciones legales congeladas por virtud de una ley anterior. Por eso, sin perjuicio del respeto a los derechos adquiridos, una ley nueva puede aplicarse a situaciones pasadas no consolidadas en cuyo caso se habla de retrospectividad de la ley.

En ese sentido, el artículo 18 de la Ley 153 de 1887 establece que *“Las leyes que por motivos de moralidad, salubridad o utilidad pública restrinjan derechos amparados por la ley anterior, tienen efecto general inmediato.”*

En punto de irretroactividad y retrospectividad la jurisprudencia colombiana es pacífica como puede observarse en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de abril de 1975 y 27 de junio de 1979. Igualmente, en la sentencia del Consejo de Estado del 30 de octubre de 1986 de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo.

En materia contractual conserva también vigencia el principio sentado en el artículo 38 que se comenta, solo que con el paso del tiempo el principio general devino la excepción y la excepción se convirtió en regla general.

Lo anterior encuentra su explicación en que el auge de la autonomía de la voluntad se dio durante el siglo XIX y el hombre, como consecuencia de la Revolución Francesa, se convirtió en el centro de la sociedad y solo estaba limitada su voluntad por las pocas leyes restrictivas que estaban en vigencia.

Con la intervención intensa del Estado en la economía que puede situarse después de la Crisis del 29 y el advenimiento del gobierno demócrata de Franklyn D. Roosevelt, el Estado empezó a participar como *comerciante o particular* para encauzar en la economía ingentes recursos estatales para su reactivación, en aplicación de las teorías de Lord John Maynard Keynes. Puede situarse allí la transición entre el Estado Gendarme y el Estado interventor.

La consecuencia de lo que viene de anotarse es que cada vez más las nuevas leyes empezaron a establecer su aplicación inmediata por motivos de utilidad pública u orden público y de esa manera el sacrosanto principio general del artículo 38 comenzó a ser una excepción más que un principio. En otras palabras, el margen de la autonomía de la voluntad se ha venido reduciendo de tal forma que son pocos los contratos que salen intactos después de la entrada en vigor de una nueva ley. El principio del artículo 38 conserva, entonces, todo su valor, pero cuantitativamente hablando, es más la excepción que el principio. No es un cambio de naturaleza, sino de intensidad.

La Resolución 180540 del Ministerio de Minas y Energía de 30 de marzo de 2010 que estableció el Reglamento Técnico de Iluminación y Alumbrado Público -RETILAP– es una ley en sentido material pues tiene carácter general, impersonal y abstracto, corresponde a una competencia nacional de ese Ministerio y fue dictada para lograr una mayor seguridad

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

en las vías nacionales a través de la obligatoria instalación de tecnologías de punta en la materia.

Para el Tribunal no hay duda de que la Resolución 180540 es de aplicación inmediata por su evidente conveniencia nacional reflejada en la seguridad vial a través de una adecuada iluminación. Como consecuencia de lo anterior, el Tribunal entiende que el principio del artículo 38 cede el paso a la Resolución que se hace aplicable al Contrato de Concesión desde el 30 de marzo de 2010.

4.7.5.3 Los efectos de la Resolución 180540 en el Contrato de Concesión 007 de 2007.

El Tribunal comienza por advertir que la aplicación inmediata de la Resolución no significa automáticamente su aplicación al Contrato de Concesión y esto, porque como se advirtió, la Resolución aplica en tres hipótesis que deben constatarse, es decir, *contrario sensu*, que si no se presentan, no hay aplicación.

El Tribunal revisó la Resolución 180540 y encontró que allí se estableció su aplicación material en tres hipótesis: Instalación de iluminaciones nuevas; Ampliación de instalaciones de iluminación y Remodelación de instalaciones de iluminación.

Quiere decir lo anterior que la aplicación de la Resolución al Contrato de Concesión depende de que la Concesionaria, respecto de sus obligaciones sobre iluminación, haya estado en la hipótesis de Instalación, Ampliación o Remodelación. Al contrario, si no ha estado en una de ellas, la Resolución no le es aplicable; pero, se insiste, en este último caso, no es por la falta de aplicación temporal inmediata sino por su ámbito material.

De acuerdo con lo anterior, el Tribunal sienta el principio de que la Resolución tiene dos vías para aplicarse al Contrato de Concesión: por estar la Concesionaria en las hipótesis de Instalación nueva, Ampliación de instalaciones o Remodelación de instalaciones, por un lado, o como consecuencia de su obligación contractual de reponer equipos de iluminación al menos cada cinco años según lo prevé la Cláusula 32.3 del Contrato.

La aplicación de la Resolución por la segunda vía, vale decir, por la Cláusula 32.3 del Contrato, supone que la vía en concesión puede o pudo tener un periodo de tiempo en que la iluminación se instaló con base en las normas NTC900 – alumbrado público - y NTC 2230 – luminarias -, hasta la llegada del plazo de cinco años para reponer equipos cuando entra en juego la Resolución. Y es que hay que recordar que la reposición de equipos se subsume en la hipótesis de Remodelación de instalaciones de iluminación que prevé la sustitución de dispositivos, equipos, controles y luminarias.

El Tribunal tendrá, entonces, que verificar si los trabajos de iluminación por parte de la Concesionaria culminaron antes de 10 de marzo de 2010. Si la respuesta fuera afirmativa, la Concesionaria no estaba obligada a adelantar los trabajos de adaptación a las reglas de la Resolución a partir de 30 de marzo de 2010, pero a los cinco años de la culminación de los trabajos surgía la obligación contractual de reponer dispositivos que encuadraría en la hipótesis de Remodelación de instalaciones de iluminación.

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

El Tribunal tiene presente que la Concesionaria aceptó expresamente la construcción de las instalaciones de iluminación de acuerdo con las reglas RETILAP, como lo afirmó la Parte Convocada, aunque ello no apareja de suyo la asunción de los costos correspondientes. También tiene presente que, de acuerdo con la planeación del Contrato de Concesión, el diseño de detalle de las instalaciones de iluminación debió ser entregado por la Concesionaria a la ANI como requisito necesario para iniciar la Etapa de Construcción y esta Etapa estaba prevista para antes de 30 de marzo de 2010.

De acuerdo con lo anterior, la cuestión se contrae a saber si la Concesionaria, en la realidad y no en la planeación, terminó los trabajos de instalación de la iluminación antes o después de 30 de marzo de 2010.

El Informe Final de Interventoría rendido por Consorcio Interconcesiones en mayo de 2018 trae una secuencia cronológica sobre los trabajos de iluminación por parte de la Concesionaria que no ha sido rebatido por la parte Convocante.

De la lectura de la correspondencia entre la Interventoría y la Concesionaria se desprende que entre 2013 y 2016 la Concesionaria no había cumplido a cabalidad con sus obligaciones relativas a la instalación de las iluminaciones y que eso motivó por parte de la primera una solicitud de Disminución de Remuneración. A partir de 2016 aparece que la Concesionaria logró una efectividad de 100% en la iluminación de las intersecciones.

En el periodo 2013 – 2016 aparecen las siguientes cartas de la Interventoría: 8 de febrero de 2013, pide Disminución de la Remuneración; 7 de marzo de 2013, expresa que hace falta iluminación en los sectores San Rafael, Chicoral y Buenos Aires, entre otros; 18 de julio de 2013, pide estudio fotométrico para verificar si se cumplió con el RETILAP; 15 y 16 de agosto de 2013, recorrido conjunto para revisar la iluminación; 16 de octubre de 2013, pide Disminución de Remuneración por incumplimiento de plazos contractuales según Cláusulas 7.3 y 26.111 y 25 de mayo de 2016, pide certificación RETIE y RETILAP.

En el mismo periodo, la Concesionaria replicó con las siguientes cartas: 26 de febrero de 2013, alega que ya cumplió; 13 de marzo de 2013, hace descargos de los incumplimientos; 17 de julio de 2013, remite estudio fotométrico; 18 de septiembre de 2013, remite los documentos que surgen del recorrido conjunto y 23 de mayo de 2013, remite RETIE y RETILAP con certificación de cumplimiento expedida por una firma especializada, Evalcon S.A.S.

El Tribunal concluye, siguiendo las cartas de la Interventoría, que la Concesionaria terminó las obras de instalación de la iluminación después de 30 de marzo de 2010 y que, en consecuencia, le es aplicable a la Concesionaria la Resolución 180540 de 30 de marzo de 2010 por el concepto de *Instalaciones de iluminación nuevas* de que trata el numeral 110.1.1 de la misma.

Además de lo anterior, no aparece en el expediente una prueba que acredite la culminación de las obras de iluminación por parte de la Concesionaria antes de 30 de marzo de 2010.

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

Pero incluso, si la Resolución no le fuera aplicable a la Concesionaria por el concepto de *Instalaciones de iluminación nuevas*, lo sería en virtud de la Cláusula 32.3 del Contrato que prevé la reposición de dispositivos de iluminación con una periodicidad quinquenal. Si en gracia de discusión la Concesionaria hubiera terminado el diseño de detalle y las obras de iluminación antes de 30 de marzo de 2010, estaría obligada cinco años después a acogerse a la Resolución 180540 por el concepto de *Remodelación de Instalaciones de iluminación y alumbrado público* de que trata el punto 110.1.3 de la misma.

4.7.5.4 Conclusiones.

De acuerdo con lo anterior, **prosperará parcialmente la Primera Pretensión** pues el Apéndice B numeral 4.4 sí regula, aunque no en su totalidad, lo relativo a la iluminación de las intersecciones.

No prosperarán las pretensiones **Segunda, Tercera, Cuarta, Quinta, Sexta, Séptima, Octava, Novena, Décima y Décima Primera.**

Teniendo en cuenta que, de las 11 pretensiones de la demanda reformada en este punto, tan sólo prosperó parcialmente la primera y las otras fueron despachadas desfavorablemente, **se abre paso la excepción formulada por la ANI** que sostuvo que la Convocante debe asumir con su propio patrimonio el costo de la iluminación de las intersecciones viales y del servicio público de energía correspondiente, excepción que el Tribunal concluye, habrá de prosperar.

La prosperidad de la excepción de la ANI se basa en dos razones, cada una de las cuales, con independencia de la otra, conduce a tal decisión. La primera razón, como se explicó, es que la Convocante no acreditó la terminación de los trabajos de instalación de la iluminación antes del 30 de marzo del 2010, fecha de entrada en vigor de la Resolución 180540 del Ministerio de Minas y Energía, lo que la hace aplicable a dichos trabajos. Y la segunda razón, se deriva de la obligación en cabeza de la Convocante de reponer los equipos de iluminación cada cinco años como lo prevé la Cláusula 32.3 del Contrato de Concesión.

4.8 LAS PRETENSIONES del Grupo “VI.8 CONCERNIENTES A LA CICLORUTA DEL TRAMO 6.”

En el Grupo VI. 8 de la demanda reformada, que obran en las páginas 15 a 17, la Convocante presentó las siguientes pretensiones principales y Subsidiarias:

“VI.8 PRETENSIONES CONCERNIENTES A LA CICLORUTA DEL TRAMO 6

PRIMERA: Se declare que la Agencia Nacional de Infraestructura y San Rafael S.A. suscribieron el día 22 de agosto de 2008 el Contrato Adicional No. 1 al Contrato de Concesión No. 007 de 2007 mediante el cual, entre otras obras, se contrató la construcción de una Cicloruta en el Tramo 6 (Variante Picaleña entre los PR 12+500 de la Ruta 40 TLE y PR11+000 de la Ruta 40 TLC) con una longitud total de 17 kilómetros.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)**

SEGUNDA: Se declare que en la Cláusula Décima del Contrato Adicional No. 1 al Contrato de Concesión No. 007 de 2007 se fijó como plazo para la ejecución de la Cicloruta del Tramo 6 (Variante Picalaña entre los PR 12+500 de la Ruta 40 TLE y PR11+000 de la Ruta 40 TLC) un total de Treinta y Seis (36) meses que se contarían a partir de la firma del Acta de Inicio de la Fase de Construcción.

TERCERA: Se declare que dentro del plazo pactado en la Cláusula Décima del Contrato Adicional No. 1, para la ejecución de la Cicloruta del Tramo 6 (Variante Picalaña) Concesionaria San Rafael S.A. construyó 13.6 km de los 17 km contratados quedando pendientes por construir 3.4 kilómetros.

CUARTA: Se declare que como consecuencia de la observancia del tránsito automotor por sobre el Tramo 6 efectuado por la Interventoría y la Concesionaria San Rafael S.A. ésta y la Entidad Concedente concluyeron que existía la necesidad de construir una Intersección a Desnivel en el sitio denominado Glorieta el Rodeo.

QUINTA: Se declare que por virtud del Acuerdo al que llegaron la Entidad Concedente y la Concesionaria San Rafael S.A. se ordenó a ésta última la elaboración del Diseño Geométrico de la Intersección a Desnivel El Rodeo para que surtiera las correspondientes aprobaciones por parte de la Interventoría y de la Agencia.

SEXTA: Se declare que el Diseño Geométrico aludido en la Pretensión anterior fue objeto de aprobación por la Interventoría de turno y como consecuencia de ello las Partes generaron un proyecto de Otrosí contractual a voces del cual se construiría la Intersección a Desnivel El Rodeo, en sustitución de los 3.4 kilómetros de Cicloruta faltante, tomando para ello los recursos inicialmente asignados a ese propósito que se añadirían a los preexistentes en la Subcuenta de Excedentes ANI del Patrimonio Autónomo FC Concesionaria San Rafael.

SÉPTIMA: Se declare que el Proyecto de Otrosí, a que dice relación la Pretensión anterior, no se concretó, es decir, no se firmó en razón a que la Agencia Nacional de Infraestructura consideró, a último momento, que los recursos existentes en la Subcuenta Excedentes ANI no podían ser invertidos en dicha obra.

OCTAVA: Se declare que dada la imposibilidad de construir la Intersección a Desnivel en la Glorieta El Rodeo, por la razón a que alude la Pretensión anterior, la Concesionaria San Rafael S.A. el 27 de junio de 2018 presentó a la Agencia Nacional de Infraestructura una segunda propuesta para invertir los recursos destinados a la construcción de 3.4 kilómetros de Cicloruta en el Tramo 6, consistente en construir una Cicloruta en el corredor que conduce desde la Intersección Buenos Aires hasta el Parque de Gualanday en una longitud de 7.5 kilómetros.

NOVENA: Se declare que la propuesta presentada por la Concesionaria San Rafael S.A. a la Agencia Nacional de Infraestructura el 27 de junio de 2018, consistente en sustituir la obra de 3.4 kilómetros de Cicloruta del Tramo 6 (Variante Picalaña) por una Cicloruta en el corredor que conduce desde la Intersección Buenos Aires hasta el Parque de Gualanday, fue estudiada por la firma Interventora entre los días 27 de junio y 25 de julio 2018 y aprobada según la comunicación CMAB-1-476-00144-18.

DÉCIMA: Se declare que una vez fue aprobada por la firma Interventora la propuesta presentada por Concesionaria San Rafael S.A. a la Agencia el día 27 de junio de 2018, consistente en construir una Cicloruta en el corredor que conduce desde la Intersección Buenos Aires hasta el Parque de Gualanday en una extensión de 7.5 kilómetros, la Agencia Nacional de Infraestructura y la Concesionaria suscribieron el día 7 de septiembre de 2018 el Otrosí No. 14 al Contrato de Concesión No. 007 de 2007.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)**

DÉCIMA PRIMERA: Se declare que las Partes pactaron en el Parágrafo Primero de la Cláusula Octava del Otrosí No. 14 de 7 de septiembre de 2018 que las disposiciones en él contenidas no tendrían efecto retroactivo ni retrospectivo y, por tanto, los recursos que hasta el momento de la suscripción se hubieren disminuido de la remuneración de la Concesionaria San Rafael S.A. acrecerían la Subcuenta Excedentes ANI

DÉCIMA SEGUNDA: Se declare que a la fecha de suscripción del Otrosí No. 14 la ANI había ordenado actuar una disminución en la remuneración de la Concesionaria San Rafael S.A. por valor de \$527.335.200 que a la fecha se encuentra pendiente de efectuar en el sentido de ser descontada de los ingresos percibidos.

DÉCIMA TERCERA: Se declare que las Partes pactaron cesar la disminución en la remuneración de la Concesionaria San Rafael S.A. a partir de la fecha de suscripción del Otrosí No. 14 al Contrato de Concesión No. 007 de 2007, es decir, a partir del 7 de septiembre de 2018. Como consecuencia de lo cual, una vez suscrito el Otrosí, la Agencia Nacional de Infraestructura NO podía ordenar disminuir suma adicional alguna de la remuneración de la Concesionaria San Rafael S.A.

DÉCIMA CUARTA: Se declare que como consecuencia de lo pactado en el Parágrafo Primero de la Cláusula Octava del Otrosí No. 14 de 7 de septiembre de 2018 a partir de la suscripción de dicho Otrosí la ANI no podía ordenar nuevas y/o adicionales disminuciones en la remuneración de la Concesionaria San Rafael S.A.

DÉCIMA QUINTA: Que como consecuencia de la prosperidad de las tres anteriores Pretensiones se ordene a la Agencia Nacional de Infraestructura revocar la instrucción impartida a la Fiduciaria Colpatria S.A. dirigida a efectuar la disminución en la remuneración de la Concesionaria San Rafael S.A. en cuantía de \$2.830.049.145 dispuesta con posterioridad a la suscripción del Otrosí No. 14 al Contrato de Concesión No. 007 de 2007.

PRETENSIONES SUBSIDIARIAS DE LA DÉCIMA SEGUNDA Y DÉCIMA QUINTA PRINCIPALES:

PRIMERA: Se declare que el cien por ciento (100%) de la obra correspondiente a la Cicloruta contratada mediante el Adicional No. 1 al Contrato de Concesión No. 007 de 2007 comprendía una longitud total de 17 kilómetros.

SEGUNDA: Se declare que la Concesionaria San Rafael S.A. construyó el ochenta por ciento (80%) del total de la Cicloruta contratada en el Adicional No. 1 al Contrato de Concesión No. 007 de 2007 por cuanto ejecutó 13.6 Km del total de 17 Km contratados.

TERCERA: Se declare que los 3.4 Km de Cicloruta no construidos equivalen al veinte por ciento (20%) del total contratado.

CUARTA: Se declare que el Principio de la Proporcionalidad reconocido y actuado por la Agencia Nacional de Infraestructura en la solución de controversias presentadas en Contratos de Tercera Generación, en específico, en las relacionadas con Disminuciones en la Remuneración del Concesionario, es aplicable al Contrato de Concesión No. 007 de 2007.

QUINTA: Se declare que la Disminución en la Remuneración de la Concesionaria San Rafael S.A. ordenada por la Agencia Nacional de Infraestructura –ANI, asociada a la no construcción de la totalidad de los 17 Km de Cicloruta contratados mediante el Adicional No. 1 al Contrato de Concesión No. 007 de 2007, por valor de \$2.830.049.145, fue calculada sobre una inejecución de un ciento por ciento de la obra y no sobre el porcentaje realmente no construido, vale decir, el veinte por ciento (20%) de la longitud total.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)**

SEXTA: Como consecuencia de la prosperidad de las Pretensiones anteriores se declare que la Disminución en la Remuneración de la Concesionaria San Rafael S.A., imponible por la no construcción de 3.4 Km de Cicloruta contratada mediante el Adicional No. 1 debe ajustarse a un veinte por ciento (20%) del total de la ordenada por la Agencia, esto es, a la suma \$566.009.829

SÉPTIMA: Que como consecuencia de la prosperidad de las Pretensiones anteriores se declare que la Agencia Nacional de Infraestructura-ANI debe reembolsar a la Concesionaria San Rafael S.A. la suma de \$2.264.039.316 (pesos de 2018) que corresponde al mayor valor Disminuido”

4.8.1. Los hechos que sirven de causa a las pretensiones de la Demanda Reformada.

Los hechos que sirven de causa a las pretensiones de la demanda reformada se resumen de la manera que se expone a continuación.

La Convocante señala que el día 22 de agosto de 2008 se suscribió entre el Instituto Nacional de Concesiones, -hoy AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA ANI-, y la CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A. el Contrato Adicional No. 1 al Contrato de Concesión No. 007 de 2007 mediante el cual se activaron las obras correspondientes al Alcance Progresivo previstas en el Apéndice E del citado Contrato. En ese sentido le correspondió a la Concesionaria la:

“Construcción de la segunda calzada de la variante Picaleña entre el sitio conocido Buenos Aires en el PR6 de la ruta 40-04 y el Puente sobre el Río Combeima, localizado aproximadamente en el PR11+000 de la ruta 40 TLC, con una longitud estimada de 17 km. Adicionalmente, en un lado de esta vía se construirá una cicloruta de 2.8 metros de ancho libre que discurra paralela con el trazado de la vía en una longitud de 17 km.”
(Cicloruta Tramo 6 Variante Picaleña entre los PR 12+500 de la Ruta 40 TLE y PR11+000 de la Ruta 40 TLC)” (Subraya)

Para lo anterior, se acordó el plazo de treinta y seis (36) meses, contados a partir de la firma del Acta de Inicio de la Fase de Construcción, fijándose como fecha de vencimiento el 21 de diciembre de 2011.

Resalta la Convocante que en la Cláusula Segunda –OBRAS ADICIONALES- del mencionado Contrato Adicional No. 1 señaló, entre otros asuntos, lo siguiente: “(...) Se adicionan al Contrato las siguientes obras. (i) *Construcción de la segunda calzada de la Variante Picaleña entre el sitio conocido como Buenos Aires en el PR 6 de la ruta 40-04 y el Puente sobre el Río Combeima, localizado aproximadamente en el PR11+000 de la Ruta 40 TL, con una longitud estimada de 17 Km. Adicionalmente, en un lado de esta vía se construirá una Cicloruta de 2.8 metros de ancho libre que discurra paralela con el trazado de la vía en una longitud de 17 Km.* (...)” (Subraya)

Llama la atención sobre la Cláusula Sexta del mencionado Contrato Adicional No. 1, la cual dice, modificó el numeral 7.3 de la Cláusula Séptima del Contrato de Concesión No. 007 de 2007 la cual, en relación con el Tramo 6 – Variante Picaleña, dispuso que el Concesionario debería ejecutar las Obras de Construcción, Rehabilitación y Mejoramiento que hacen parte del Proyecto, las cuales fueron entregadas previamente por el INCO. Sin embargo, el plazo máximo para que el Concesionario entregara al Interventor y al INCO las Obras de Construcción, Rehabilitación y Mejoramiento, debida y completamente ejecutadas de conformidad con lo exigido en el Contrato y sus apéndices, sería para la Variante Picaleña

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

de 36 meses a partir de la fecha de suscripción del Acta de Iniciación de la Etapa de Construcción.

Agrega que la Interventoría del Proyecto constató que una vez cumplido el plazo otorgado por el Contrato Adicional No. 1 para la entrega de las obras atinentes a la Ciclorruta del Tramo 6 – Variante Picaleña, las mismas no habían sido culminadas y la construcción solo llegó hasta el PR 12+500 de la Variante Picaleña en la Intersección El Rodeo, no continuando hasta el Puente sobre el Río Combeima, conforme lo establecían las estipulaciones contractuales. La obra construida, esto es 13.6 Km, equivale al 80% de la longitud y/o alcance total contratado en el citado Adicional No. 1.

En consecuencia, desde el 12 de junio de 2014 y hasta el 23 de septiembre de 2016, la Interventoría cursó a la Convocante tres requerimientos⁸⁴ relacionados con la no terminación de las obras de la Ciclorruta del Tramo 6 – Variante Picaleña. Por su parte, la Agencia envió a la Concesionaria la comunicación No. 2015-306-012884-1 de fecha 12 de junio de 2015 mediante la cual, le solicitó adelantar y/o culminar las obras atinentes a la Cicloruta del Tramo 6 – Variante Picaleña.

Con las comunicaciones No. GIC-2014-1465 de 25 de junio de 2014 y GIC-2015-01504 del 10 de agosto de 2015, la Concesionaria respondió los requerimientos tanto de la Interventoría como de la Agencia, por la no culminación de las obras de la Ciclorruta del Tramo 6 – Variante Picaleña.

Por lo anterior, la Interventoría con la comunicación C.1082/GC3623/17/5.2 de 26 de marzo de 2017, le solicitó a la ANI la disminución en la remuneración del Concesionario, entre otros, por no haber terminado las obras de construcción de la Ciclorruta del Tramo 6 – Variante Picaleña entre los PR 12+500 de la ruta 40 TLE y PR 11+000 de la ruta 40TLC (Intersección El Rodeo e Intersección Combeima) dentro del plazo previsto en la Cláusula Sexta del Contrato Adicional No. 1 de 22 de agosto de 2008 que modificó el Contrato de Concesión No. 007 de 2007, al tiempo que le concedió a la Concesionaria un plazo adicional de once (11) meses para ajustar a lo pactado contractualmente, las obras referidas a la Ciclorruta del Tramo 6 – Variante Picaleña y que realizara la construcción a desnivel de la Intersección Buenos Aires y de la cicloruta entre la intersecciones El Rodeo y Combeima.

El Apoderado de la Convocante señala que la Interventoría, mediante comunicación No. C1082/GC4247/18/5.2 de fecha 28 de marzo de 2018 avisó a la Agencia, a la Concesionaria y a la Fiduciaria Colpatria S.A. que luego de la verificación realizada de manera conjunta entre Interventoría y Concesionaria a las obras de la Cicloruta del Tramo 6 – Variante Picaleña, las mismas no habían sido culminadas dentro del plazo otorgado para corregirlas o complementarlas, motivo por el cual, el plazo de once los (11) meses concedidos en la comunicación con radicado ANI número 2017-409-032430-2 del 28 de marzo de 2017 había vencido.

En consecuencia, la Interventoría le informó al Concesionario, que a partir del 1 de marzo de 2018 se aplicaría una disminución de su remuneración equivalente al ciento cincuenta por ciento (150%) de las disminuciones iniciales, hasta que se corrigiera el incumplimiento o se terminaran las obras. Lo anterior, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 26.1.11 de la Cláusula 26 del Contrato de Concesión No. 007 de 2007 (transcribe algunos apartes del numeral 26.1. y 26.1.11 que refiere a las disminuciones).

⁸⁴ Comunicaciones C.1082/GC1435/14/7.1.3 del 12 de junio de 2014, C.1082/GC1788/14/5.2 del 24 de octubre de 2014 y C.1082/GC3231/16/5.2 del 23 de septiembre de 2016.

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

Afirma el Apoderado de la Convocante, que para dar una solución y terminar las obras de la Ciclorruta del Tramo 6 – Variante Picalaña, la Concesionaria le propuso a la ANI, -antes de darse inicio a la aplicación de la disminución de la remuneración-, al tiempo que para mejorar los niveles de seguridad de los usuarios y disminuir los índices de accidentalidad en las vías a su cargo que: “...se utilizaran los recursos disponibles para la construcción del sector faltante de la Ciclorruta en mención, como aportes para la construcción de obras significativas tanto para el Proyecto como para los usuarios de las vías”.

Así y resultado de conversaciones y mesas de trabajo entre el Concesionario, ANI e interventoría, San Rafael propuso la posibilidad de sustituir las obras faltantes de la construcción de la Ciclorruta del Tramo 6 – Variante Picalaña, por la de una Intersección a Desnivel en El Rodeo, pues por lo advertido por la Interventoría con el oficio No. C.1082/GC3592/17/7.3.2 acerca de serios problemas de seguridad vial para vehículos y peatones en el sitio identificado como Intersección El Rodeo, donde resalta que: *“en particular las de los Tramos 6 y 7 (EL Rodeo, Payandé. Aeropuerto) se han constituido en sectores de alta sensibilidad frente a la accidentalidad del Proyecto, resulta conveniente entrar a estudiar la posibilidad de modificarlas, mediante los recursos de la Ingeniería (Pasos elevados, pasos deprimidos, etc.), de manera que se puedan abatir los índices de accidentalidad que presentan actualmente (...)”* (Subrayado por la Convocante)

Corroborados los problemas de seguridad vial que presentaba la Intersección El Rodeo y siendo conveniente para el Proyecto el modificar la misma, la Concesionaria y la Interventoría intercambiaron comunicaciones relacionadas con la necesidad de adelantar los Estudios y Diseños para la construcción de las obras de la Intersección a Desnivel El Rodeo⁸⁵.

Previo los análisis técnicos y otras reuniones entre Concesionaria e Interventoría, el 2 de abril de 2018, la Concesionaria mediante comunicación No. GIC-BG-2018-0469 hizo entrega de la versión final de la propuesta del diseño de la Intersección a Desnivel El Rodeo. Enseguida, la Concesionaria mediante comunicación GIC-BG-2018-0496 de 6 de abril de 2018 envió a la Agencia la solicitud de sustitución de las obras faltantes de la Ciclorruta del Tramo 6 – Variante Picalaña, por la construcción de la Intersección a Desnivel El Rodeo.

Agrega, además, que de acuerdo con el concepto No. C.1082/GC4296/18/5.3 de fecha 24 de abril de 2018, emitido por la Interventoría, la propuesta de sustitución de las obras faltantes de la Ciclorruta del Tramo 6 por la construcción de la Intersección a Desnivel El Rodeo, comportaba un mayor beneficio para el Proyecto, en relación con las condiciones de seguridad vial del Tramo 6.

No obstante, la Agencia, hacía finales del mes de junio de 2018 informó a la Concesionaria que dichas obras no se podrían financiar -parcialmente-, con los recursos que existían en la Subcuenta Excedentes ANI y por lo mismo, que no podrían ser construidas.

Afirma entonces que:

[...] la Agencia descartó la construcción de la Intersección a Desnivel El Rodeo bajo la consideración de que los recursos destinados para la construcción de los 3.4 kilómetros de Cicloruta del Tramo 6, comprendidos entre la Intersección El Rodeo y la Intersección

⁸⁵ Oficios: (i) GIC-BG-2017-0905; (ii) GIC-BG-2017-0937; (iii) C.1082/GC3935/17/7.1.7; (iv) GIC-BG-2017-1464; (v) GIC-BG-2017-1731; (vi) C.1082/GC4099/18/7.1.7; (vii) GIC-BG-2018-0157; (viii) C.1082/GC4166/18/7.1.7.

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

Combeima, resultaban insuficientes para la construcción de la Intersección a Desnivel ya identificada dada la imposibilidad de usar los dineros de la Subcuenta Excedentes ANI para ese fin”.

Por lo acaecido, mediante la comunicación GIC-BG-2018-0880 del 27 de junio de 2018, el Concesionario le propuso a la ANI y a la Interventoría usar los recursos destinados a la construcción de los 3.4 kilómetros de Cicloruta del Tramo 6 en la construcción de una Cicloruta de 7.5 kilómetros en el corredor que conduce desde la Intersección Buenos Aires hasta el Parque de Gualanday. Dicha obra fue analizada en mesas de trabajo por la Agencia, la Interventoría y la Concesionaria entre el día 27 de junio de 2018⁸⁶ y el día 25 de julio del mismo año, fecha en la cual, la Interventoría aprobó la propuesta mediante la comunicación CMAB-1-476-00144-18 enviada a la ANI.

Por otro lado, señala que la Agencia mediante comunicación No. 2018-310-025350-1 de 8 de agosto de 2018, instruyó a la Fiduciaria Colpatria para que Disminuyera la Remuneración de la Concesionaria en la forma y cuantía pedidas por la Interventoría mediante la comunicación C.1082/GC4247/18/5.2 de 26 de marzo de 2018. Por ello, la Concesionaria le remitió el oficio GIC-BG-2018-1116 de 14 de agosto de 2018 en el que solicitó tener en cuenta el límite fijado para las disminuciones del ingreso generado mensualmente, acorde con el numeral 26.5 de la Cláusula 26 del Contrato de Concesión No. 007 de 2007. Agrega el Apoderado de la Convocante, que la Concesionaria mediante comunicación GIC-BG-2018-1233 de 5 de septiembre de 2018, solicitó a la Agencia cesar las disminuciones en la remuneración que se venían practicando en virtud de la petición del 26 de marzo de 2018 arriba citada, por una parte y, por la otra, devolver la suma deducida hasta esa fecha -5 de septiembre de 2018- que ascendía a \$492.182.460.

El día 7 de septiembre de 2018 la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA y la CONCESIONARIA SAN Rafael suscribieron el Otrosí No. 14 al Contrato de Concesión No. 007 de 2007 el cual estipuló sustituir la construcción de 3.4 kilómetros de Cicloruta del Tramo 6 por la elaboración de los Estudios y Diseños Fase III y la construcción de una Cicloruta ubicada entre la Intersección Buenos Aires y el Parque de Gualanday con longitud aproximada de 7.5 kilómetros. Resalta el Apoderado de la Convocante que del citado Otrosí, en su Clausula Octava se señaló que a partir de la suscripción del mismo, la Agencia se obligaba a ordenar a la Fiduciaria Colpatria S.A. la cesación de la disminución en la remuneración del Concesionario y, del Parágrafo Primero, que los recursos que hasta el momento de la suscripción del Otrosí se hubiesen disminuido de la remuneración del Concesionario, conforme al procedimiento previsto en la Cláusula 26 del Contrato de Concesión No. 007 de 2007, acrecerían a la Subcuenta de Excedentes del fideicomiso.

Señala que a la fecha de suscripción del Otrosí No. 14, la Fiduciaria Colpatria S.A., había ordenado una disminución en la remuneración de la Concesionaria, en un valor de \$527.335.200 y agrega que:

[...] luego en adelante, según lo pactado, no era posible que se ordenaran nuevas disminuciones derivadas de la no terminación de las obras de la Cicloruta del Tramo 6

⁸⁶ La Interventoría Consorcio MAB solicitó aclaraciones y complementaciones a la Concesionaria mediante el oficio CMAB-1-476-00111-18 de 11 de julio de 2018; la Concesionaria atendió las solicitudes de la Interventoría mediante las comunicaciones GIC-BG-2018-0966 del 17 de julio de 2018 y GIC-BG-2018-1013 del 23 de julio de 2018.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)**

– Variante Picaleña; amén de que a la liquidación de la Disminución anterior no se le aplicó, debiendo haberlo sido, el principio de la Proporcionalidad.⁸⁷

Es así que, Interventoría mediante comunicación CMAB-1-476-0291-18 y acorde con la cláusula octava del citado Otrosí No. 14, solicitó a la Fiduciaria Colpatria S.A. cesar la disminución de la remuneración de la Concesionaria a partir del día 7 de septiembre de 2018.

Sin embargo, agrega que con posterioridad a la firma del Otrosí No. 14, la Agencia mediante comunicación No. 2018-306-031525-1 de 21 de septiembre de 2018 ordenó a la Fiduciaria Colpatria S.A. disminuir la remuneración de la Concesionaria en la suma de \$2.830.049.145, “(...) dejando de lado, además, la aplicación del principio de la Proporcionalidad”.⁸⁸

4.8.2. Los fundamentos de las pretensiones de la Convocante.

Con fundamento en los hechos descritos en la demanda arbitral, el Apoderado de la Convocante señala que de manera expresa en el Otrosí No. 14 del 7 de septiembre de 2018, las Partes “(...) acordaron sancionar el retraso en la ejecución de la Ciclorruta inicialmente contratada mediante la aplicación de una disminución de la remuneración de la Concesionaria por un valor de \$527.335.200” y, por lo mismo, fue que se estipuló expresamente en dicha modificación contractual que *“las disposiciones en él contenidas, no tendrían efecto retroactivo ni retrospectivo y, por tanto, los recursos que hasta el momento de la suscripción de ese Otrosí se hubieren disminuido de la remuneración de la Concesionaria San Rafael S.A. acrecerían la Subcuenta Excedentes ANI”*. (subrayado fuera de texto)

Señala que, con abierto desconocimiento de lo pactado en el Parágrafo Primero de la Cláusula Octava del Otrosí No. 14 al Contrato de Concesión 007 de 2007, la ANI y la Interventoría posteriormente a la suscripción del mencionado Otrosí, ordenaron a la Fiduciaria Colpatria, (administradora del Patrimonio Autónomo FC San Rafael), aplicar una disminución adicional a la remuneración de la Concesionaria por valor de \$2.830.049.145 y destaca que *“el valor añadido se hizo como consecuencia de la actitud renuente de la Fiduciaria en frente de la aplicación de la disminución en la remuneración de la Concesionaria”*.

Y a su juicio afirma que el mal entendimiento de lo ordenado por parte de la Fiduciaria se trasladó a la Concesionaria *“bajo el expediente de extender el término de cálculo de la disminución diaria, no obstante, la literalidad de lo pactado en el sentido que la disminución se tasaba de manera definitiva e inmodificable en la suma de \$527.335.200”*.

En tal virtud solicita: **(i)** que se reconozca la existencia y validez de todos los documentos contractuales que guardan relación con este asunto incluidas, desde luego, las actuaciones de las Partes durante las negociaciones que condujeron a la celebración de cada

⁸⁷ Este principio ha sido reconocido, aceptado y actuado por la Agencia Nacional de Infraestructura en la solución de distintas disputas presentadas en la ejecución de Contrato de Concesión de Tercera Generación, en específico, las controversias presentadas en ejecución del Contrato No. 006 de 2007 solucionadas mediante Acuerdo de Transacción suscrito entre la Agencia y la Concesionaria San Simón S.A. el día 5 de marzo de 2019. El principio de la Proporcionalidad aplica de manera transversal a los distintos Contratos de Concesión en virtud de la máxima *“a igual situación de hecho misma solución de derecho”*.

⁸⁸ Ídem.

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

instrumento contractual; y, **(ii)** que, a partir de lo anterior, se ordene a la Agencia instruir a la Fiduciaria Colpatria para que reembolse a la Concesionaria la suma de \$2.830.049.145 indebidamente descontada y retenida de su retribución.

De no prosperar las principales, se acceda a las subsidiarias toda vez que la obra contratada mediante el Contrato Adicional No. 1 al Contrato de Concesión No. 007 de 2007 fue ejecutada en un 80%, razón por la cual la sanción que pudiere aplicársele a la Concesionaria por el retraso en la ejecución del 20% restante, en su criterio, debe ser tasada proporcionalmente a aquella parte cuya ejecución fue demorada al ser sustituida por las que finalmente fue ejecutada, manifestando que la proporcionalidad ya se ha dado en sede jurisdiccional y arbitral al enfrentar otros litigios, motivo por el se debe aplicar a este Controversia, en forma subsidiaria.

Señala que hubo “defraudación a la confianza legítima” porque las conductas continuadas de la Agencia condujeron a que la Concesionaria desarrollase la íntima convicción de que el Tramo de Ciclorruta faltante sería sustituido por una nueva obra; y que el día mismo en que se vencía la posibilidad de cambiar obligación, le fue informado a la Concesionaria San Rafael S.A. que la nueva obra propuesta carecía de financiación, lo cual *“la colocó en una invencible situación de no retorno con las gravosas consecuencias que se han expuesto y probado”*. Afirma que todo ello encarna *“una actuación propia generadora de falsas expectativas y mutiladora de toda opción de defensa. Erigir la conducta actuada en espada sancionatoria contraviene la prohibición de proceder en contravía de su propio acto”*. Y concluye sobre la literalidad del Otrosí No. 14 *“que refleja la no retroactividad ni retrospectividad de lo acordado impide modificar en un peso el monto de la sanción acordada de manera definitiva – Pacta sunt servanda”*.

4.8.3. La Oposición de la ANI.

La Agencia Nacional de Infraestructura ANI, por conducto de su apoderado, se opuso a todas y cada una de las pretensiones principales y subsidiarias listadas en este Grupo, por las siguientes razones:

La Cláusula 2 del Adicional No.1 al Contrato de Concesión No. 007 de 2007, dijo, establece que la Concesionaria San Rafael debía realizar una ciclorruta entre el sector de Buenos Aires en el **PR 6 de la ruta 40-04** y el Puente sobre el Río Combeima, localizado aproximadamente en el PR11+000 de la Ruta 40 TLC (17 km) **y no entre el PR 12+500 de la Ruta 40 TLE** (hoy PR3+400 de la Ruta 40TLF) y el PR11+000 de la Ruta 40 TLC (3.4 Kilómetros) y aclara que lo que se denomina Ruta 40TLE en el Adicional No.1 al Contrato de Concesión, corresponde actualmente a la Ruta 40 TLF con inicio en el PR0+000 (aproximadamente PR11+000 Ruta 40TLC puente sobre el Río Combeima) y finaliza en PR15+800 (aproximadamente PR6+000 Ruta 4004 Sector de Buenos Aires).

Del mismo modo señala, que la Cláusula No. 2 del Adicional No. 1 al Contrato de Concesión No. 007 de 2007 establece claramente lo siguiente:

“SEGUNDA. - OBRAS DE ALCANCE PROGRESIVO: Se adicionan al Contrato las siguientes obras:

“(i) Construcción de la segunda calzada de la Variante Picaleña entre el sitio conocido como Buenos Aires en el **PR 6 de la ruta 40-04** y el Puente sobre el Río Combeima, localizado aproximadamente en el PR11+000 de la Ruta 40TLC, con una longitud

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)**

estimada de 17km. Adicionalmente, en un lado de esta vía se construirá una cicloruta de 2.8 metros de ancho libre que discorra paralela con el trazado de la vía, en una longitud de 17 km.

“(ii) Construcción en doble calzada del Ramal Norte que indica en el PR 12+500 de la Variante Picalaña hasta interceptar la ruta 40 TLC en el PR 18, en el sitio conocido como la Casa de la Moneda y con punto culminación en la vía Ibagué – Mariquita en el sector del Salado PR 1+600 de la ruta 43 05, con una longitud estimada de siete (7) kilómetros. Adicionalmente, en un lado de esta vía se construirá una cicloruta de 7 km, la cual deberá conectarse con la ciclorruta de la Variante Picalaña para completar un tramo de una longitud de 24 Km.”

A su juicio, luego de surtida la etapa probatoria, quedó demostrado y no tiene discusión alguna, que la Concesionaria no cumplió con el objeto pactado en el Adicional No.1 al Contrato de Concesión, al dejar de construir tres punto cuatro (3.4) kilómetros, razón por la cual, se aplicó una disminución en la remuneración, frente a la cual guardó silencio en el momento oportuno. No obstante haber incumplido las obligaciones relacionadas con la construcción de la cicloruta del tramo 6, el Concesionario hizo algunas propuestas a la ANI en el sentido de sustituir la construcción de los 3.4 Kilómetros de cicloruta no construidos y razón del incumplimiento, por otras obras. Sin embargo, esta propuesta no fue aprobada en tanto no fue suscrito Otrosí alguno. Por ello, dice, no puede pretender el Concesionario que toda propuesta que hubiere sido analizada entre las Partes tenga la virtualidad de convertirse en un modificadorio del contrato sin que se hubieren agotado todas las formalidades de Ley, aún si, eventualmente, la Interventoría hubiere dado concepto sobre su viabilidad. Resaltó el hecho que: “(...) el concesionario se enfocó más en sustituir las obras incumplidas que en ejecutarlas, aun siendo posibles de cumplir”. (Subrayado fuera de texto).

Con todo, después del cumplimiento de todos los estudios técnicos y de las formalidades de ley, las Partes suscribieron el Otrosí No. 14 al Contrato de Concesión en el cual se sustituyeron las obras consistentes en la construcción de 3.4 kilómetros de la cicloruta que habían sido pactadas en el Adicional No. 1, por la elaboración de unos diseños y construcción de otras obras sustitutas.

En la Cláusula Octava de dicho Otrosí, señala que se acordó que, dada la sustitución de las citadas obras, la ANI ordenaría a la Fiduciaria Colpatria S.A. la cesación de la remuneración que había sido ordenada por el incumplimiento en las obras de construcción de la ciclorruta del Tramo 6 y que dicha cesación tendría efectos hacia el futuro. Resalta en tal sentido lo acordado en el Parágrafo Primero de la Cláusula Octava en la cual se acordó que el Otrosí solo tendría efectos hacia el futuro y que en relación con la disminución de los ingresos “(...) EL CONCESIONARIO se compromete a mantener a LA AGENCIA libre de cualquier reclamación por este concepto” siempre y cuando se hubiese hecho de acuerdo con lo estipulado en la Clausula 26 del Contrato.

Por lo consignado en ese Otrosí, expresa que el Concesionario aceptó la procedencia de las disminuciones de la remuneración como consecuencia del incumplimiento en la construcción de la ciclorruta del Tramo 6, y dice que así como aceptó expresamente aquellas disminuciones que se hubieren causado hasta el día de la firma del Otrosí No.14 del 7 de septiembre de 2018 también aceptó “libremente” que mantendría a la Agencia libre de cualquier reclamación relacionada con las disminuciones, motivo por el cual “(...) NO le asiste derecho a pretender desconocer lo pactado por vía judicial” y aclara que ni dentro del texto del Otrosí No. 14 ni con posterioridad inmediata a su suscripción, el Concesionario hizo salvedad alguna.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)**

Por ello arguye que las pretensiones del Concesionario relacionadas con la ciclorruta del tramo 6, van en contra de sus propios actos y que “(...) *vulneran gravemente la obligación que le asiste al contratista de actuar con buena fe contractual*”.

El Apoderado de la Convocada señala que la ANI no ordenó nuevas disminuciones de la remuneración con posterioridad a la suscripción del Otrosí No. 14 de 2018 y explica que lo que hizo fue solicitarle a la Fiduciaria Colpatria aplicar las disminuciones ordenadas con anterioridad al citado Otrosí “(...) correctamente, en tanto dicha fiduciaria había desconocido los términos, condiciones y montos de la disminución ordenada previamente ...”.

Para aclararlo expresa que la Interventoría en comunicación CMAB- 1-476-0291-18 del 21 de septiembre de 2018 con Radicado ANI No. 2018-409-097556- 2, informó la fecha final con la que se debía calcular la disminución. Si la Fiduciaria hubiera atendido la instrucción impartida por la Interventoría CONSORCIO INTERCONCESIONES en marzo de 2018 y en ese sentido se hubiese aplicado la disminución a partir del 1 de marzo de 2018, hubiera coincidido con el día antes a la suscripción del Otrosí No. 14 del 7 septiembre 2018. Señala que la disminución, “(...) se terminó de aplicar el 14 de febrero de 2019, cuando se completó la totalidad del valor establecido en la disminución, respecto del tiempo que se mantuvo el incumplimiento”, por cuanto, explica que el valor total de la disminución que debía haberse aplicado entre el 1 de marzo de 2018 y el 6 de septiembre de 2018, era decir Tres Mil Trescientos Treinta y Nueve Millones Ochocientos Nueve Mil Quinientos Cincuenta pesos M/Cte. (\$ 3.339.809.550,00).

Señala que la forma en la que se debió aplicar la disminución de acuerdo con la instrucción dada por la Interventoría INTERCONCESIONES mediante comunicación C.1082/GC3623/17/5.2 del 28 de marzo de 2017 (Radicado ANI No.2017-409- 032430-2) se aprecia en el siguiente cuadro:

Sanción Inicial en smmlv (a)	15
Sanción actual vencido el plazo adicional (b) en smmlv (150%) (b= (a)*150%)	22, 50
Salario mínimo mensual vigente 2018 (c)	\$781.242,00
Sanción Diaria en Pesos a aplicar a partir de 1 marzo 2018 (d) = (b)*(c)	\$17.577.945,00
Días totales hasta el 6 de septiembre de 2018 (e)	190 días
TOTAL, DISMINUCIÓN (d*e)	\$ 3.339.809.550,00

Que la disminución empezó realmente el 8 de agosto de 2018 y terminó el 14 de febrero de 2019 y el valor disminuido fue de **\$ 3.339.809.550**

Por lo anterior concluye que al Concesionario ni le asiste el derecho a hacer reclamaciones derivadas de la disminución de remuneración por el incumplimiento en la construcción de la ciclorruta del tramo 6, ni le asiste la razón al decir que la ANI ordenó disminuciones nuevas ni adicionales posteriores a la firma del Otrosí No. 14 de 2018.

Finalmente, la ANI, en el numeral 10 del acápite de las Excepciones dentro de la Contestación de la Demanda, formuló la siguiente:

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)**

“10. EL CONCESIONARIO SAN RAFAEL VA EN CONTRA DE SUS PROPIOS ACTOS E INCUMPLE SUS OBLIGACIONES DE ACTUAR CON BUENA FE CONTRACTUAL AL PRETENDER LA REVOCATORIA DE LAS INSTRUCCIONES IMPARTIDAS A LA FIDUCIARIA COLPATRIA PARA EFECTOS DE LAS DISMINUCIONES DE REMUNERACION POR EL INCUMPLIMIENTO EN LAS OBRAS DE LA CICLORUTA DEL TRAMO 6 EFECTUADAS HASTA EL MES DE SEPTIEMBRE DE 2018, DESCONOCIENDO LO PACTADO EN EL OTROSI 14 DEL 17 DE SEPTIEMBRE DE 2018”

Al fundamentar la excepción la ANI señala que está demostrado que,

- El Concesionario no cumplió con el objeto pactado en el Adicional No.1 al Contrato de Concesión No. 007 de 2007, al dejar de construir tres punto cuatro (3.4) kilómetros, razón por la cual, se aplicó una disminución en la remuneración.
- Que no obstante lo anterior, el Concesionario hizo algunas propuestas a la ANI en el sentido de sustituir la construcción de los 3.4 Kilómetros de cicloruta no construidos, por otras obras. Sin embargo, esta propuesta no fue aprobada en tanto no fue suscrito ningún Otrosí y que no puede pretender que toda propuesta que hubiere sido analizada entre las Partes se constituya en modificadorio del contrato y sin las formalidades de Ley, aún si la Interventoría hubiere dado concepto sobre su viabilidad. Resalta que el concesionario se enfocó más en sustituir las obras incumplidas que en ejecutarlas, aun siendo posibles de cumplir.
- Sin embargo, que luego del cumplimiento de todos los estudios técnicos y de las formalidades de Ley, las Partes suscribieron el Otrosí No. 14 al Contrato de Concesión en el cual se sustituyeron las obras de construcción de 3.4 kilómetros de la cicloruta por la construcción de otras obras y la elaboración de unos diseños.
- Que en la cláusula octava del Otrosí No. 14 se acordó que “(...) *dada la sustitución de las obras incumplidas, la Agencia ordenaría a la Fiduciaria Colpatria S.A. la cesación de la remuneración que había sido ordenada por el incumplimiento en las obras de construcción de la ciclorruta del Tramo 6, cesación que por supuesto tendría efectos hacia el futuro*”.

El Apoderado de la ANI señala las disminuciones no tienen efecto retroactivo y que ellas acrecerán a la Subcuenta de Excedentes del fideicomiso, al tiempo que el Concesionario se comprometió a mantener a la ANI libre de cualquier reclamación por este concepto.

[...] el Concesionario aceptó la procedencia de las disminuciones de la remuneración como consecuencia del incumplimiento en la construcción de la ciclorruta del Tramo 6, así como aceptó expresamente aquellas disminuciones que se hubieren causado hasta el día de la firma del Otro Si No.14 del 7 de septiembre de 2018. En línea con dicha aceptación y conforme al contenido integral del otro sí No. 14 el concesionario libremente acordó que mantendría a la Agencia libre de cualquier reclamación relacionada con las disminuciones, razón por la cual NO le asiste derecho a pretender desconocer lo pactado por vía judicial”.

La ANI reitera que el Concesionario no puede ir contra sus propios actos y que debe actuar con buena fe contractual, y señala que en la jurisprudencia se ha aceptado que:

“[...] cuando en desarrollo de un contrato estatal las partes no hacen salvedades, ni aclaraciones económicas dentro de los contratos adicionales o en documento previo a la suscripción de estos, posteriormente no pueden sorprender a la administración con

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

demandas relacionadas con los hechos acordados o regulados por esos documentos, so pena de ser considerada esta última conducta como contraria a la buena fe contractual que deben observar las partes contratantes”.

En ese orden de ideas, para apoyar su defensa, transcribe algunos apartes de Sentencias del H. Consejo de Estado que están en los antecedentes de este Laudo⁸⁹ y concluye que para este caso se debe dar aplicación a la tesis o postura doctrinal y jurisprudencial conforme a la cual *“es contrario a la buena fe contractual, realizar pretensiones judiciales derivadas de la aplicación de la teoría de los actos propios”* y reitera una vez más que el concesionario San Rafael S.A. no solamente aceptó las disminuciones de remuneración, sino que *“pactó expresamente, sin salvedad alguna, no realizar ningún tipo de reclamaciones judiciales respecto de dichas disminuciones”*, motivo por el cual, solicitó declarar la procedencia de esta excepción y denegar las pretensiones de la demanda.

Además de lo anterior, la ANI formuló esta otra excepción:

“LA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA NO SOLICITÓ, NI APLICÓ, NI ORDENÓ A LA FIDUCIARIA APLICAR NUEVAS DISMINUCIONES DE REMUNERACIÓN AL CONCESIONARIO SAN RAFAEL RELACIONADAS CON EL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBRAS CONCERNIENTES A LA CICLORUTA DEL TRAMO 6 CON POSTERIORIDAD A LA SUSCRIPCIÓN DEL OTRO SI No. 14 DEL 7 DE SEPTIEMBRE DE 2018”.

La ANI señala que tal excepción se justifica en los argumentos expuestos en la oposición a las Pretensiones del acápite VI.8 y en la contestación de cada uno de los hechos de la demanda, por lo que -a su juicio-, en este proceso arbitral se ha demostrado que de conformidad con la cláusula octava del Otrosí No. 14 y *“dada la sustitución de las obras incumplidas”*, se ordenó a la Fiduciaria la cesación de la remuneración que había sido dispuesta por el incumplimiento en las obras de construcción de la ciclorruta del Tramo 6, cesación que sólo tendría efectos hacia el futuro.

Al transcribir una vez más el Parágrafo Primero de la Cláusula Octava del citado Otrosí No. 14, señaló que en él se estipuló que las disposiciones allí contenidas no tendrían efecto retroactivo y por lo tanto que los recursos que hasta el momento de la suscripción del Otrosí se hubieren disminuido acrecerían a la Subcuenta de Excedentes del Fideicomiso y que por lo mismo el Concesionario se comprometió a mantener a la ANI libre de cualquier reclamación por este concepto.

El apoderado de la ANI fue enfático en señalar que esa entidad no ordenó nuevas disminuciones de la remuneración con posterioridad a la suscripción del Otrosí No. 14, sino que lo que hizo fue solicitarle a la Fiduciaria hacer las disminuciones -previamente ordenadas- al Otrosí No. 14 *correctamente*, puesto que la Fiduciaria había desconocido los términos, condiciones y montos de la disminución⁹⁰.

⁸⁹ Entre otras, la del Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 23 de julio de 1992, Exp. 6032, C.P. Daniel Suárez Hernández y, véase también Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 22 de noviembre de 2001, Exp. 13356, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

⁹⁰ Ordenadas en las comunicaciones C.1082/GC3623/17/5.2, radicado ANI No. 2017-409-032430-2 de 28 de marzo de 2017.

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

Indicó que la Interventoría⁹¹ informó que, si la Fiduciaria hubiera atendido la instrucción impartida por ésta en marzo de 2018, consistente en aplicar la disminución a partir del 1 de marzo de 2018, la terminación de la disminución hubiese sido el 6 de septiembre de 2018, esto es, antes del Otrosí 14. Pero como no la atendió de esa manera, es por lo que la disminución se terminó de aplicar el 14 de febrero de 2019, “*cuando se completó la totalidad del valor establecido en la disminución, respecto del tiempo que se mantuvo el incumplimiento*”.

Refiere a los siguientes cuadros, en los cuales, dice, se aclara el valor que realmente se ha disminuido hasta el 14 de febrero de 2019 y que corresponde al valor total de la disminución que debía haberse aplicado entre el 1 de marzo de 2018 y el 6 de septiembre de 2018, esto es, Tres Mil Trescientos Treinta y Nueve Millones Ochocientos Nueve Mil Quinientos Cincuenta pesos M/Cte. (\$ 3.339.809.550,00):

- Forma en la que se debió aplicar la disminución de acuerdo con la instrucción dada por la Interventoría Interconcesiones mediante comunicación 1082/GC3623/17/5.2 del 28 de marzo de 2017 (Radicado ANI No.2017- 409-032430-2):

Sanción Inicial en smmlv (a)	15
Sanción actual vencido el plazo adicional (b) en smmlv (150%) (b=(a)*150%)	22, 50
Salario mínimo mensual vigente 2018 (c)	\$781.242,00
Sanción Diaria en Pesos a aplicar a partir de 1 marzo 2018 (d) = (b)*(c)	\$17.577.945,00
Días totales hasta el 6 de septiembre de 2018 (e)	190 días
TOTAL DISMINUCIÓN (d*e)	\$ 3.339.809.550,00

Forma en la que realmente se aplicó la disminución:

Fecha en la que realmente se inició la aplicación de la disminución	9/08/2018
Fecha en la que realmente se terminó de aplicar la disminución	14/02/2019
Días en los que se aplicó la disminución para alcanzar el valor total el 14 de febrero de 2019	8/07/1900
Valor total disminuido	\$ 3.339.809.550.00

Por lo que concluye que a la Concesionaria no le asiste el derecho a hacer reclamaciones relacionadas o derivadas con la disminución de remuneración “*por el incumplimiento en la construcción de la ciclorruta del tramo 6*”, ni como tampoco la de decir que la ANI ordenó disminuciones nuevas ni adicionales posteriores a la firma del Otrosí No. 14 del 7 de septiembre de 2018, motivo por el cual, solicita declarar la procedencia de la citada excepción y denegar las pretensiones de la demanda.

En sus alegatos de conclusión, la ANI se refirió a las declaraciones de algunos de los testigos citados a comparecer a este Tribunal. En relación con el silencio de la Concesionaria respecto de las disminuciones, transcribe el testimonio de la señora Diana Gutiérrez de Piñeres, funcionaria de la Interventoría MAB, en el cual señaló lo siguiente:

⁹¹ Con la comunicación CMAB-1-476-0291-18 del 21 de septiembre de 2018 (Radicado ANI No. 2018- 409-097556-2).

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)**

“DR. PATIÑO: ¿Sabe usted si se suscribió algún otrosí del contrato 007 del 2007 la Concesionaria San Rafael hubiese aceptado las disminuciones que se realizaron por parte de la Agencia como consecuencia del incumplimiento de la construcción de la ciclorruta del tramo VI?

SRA. GUTIÉRREZ: Ante la solicitud de la disminución que hizo Consorcio Interconcesiones en marzo del 2018 el concesionario no se opuso y ese es el mecanismo que tiene dentro de la cláusula 26, tiene tres días para decir que no está de acuerdo, no tenemos ninguna comunicación en la que el concesionario hubiera expresado que no estaba de acuerdo, posteriormente se suscribió el otrosí No. 14, que era para sustituir estos 3.5 kilómetros de ciclorruta en el tramo VI por otra obra que también es una ciclorruta entre Buenos Aires y Gualanday, en ese documento, en ese otrosí No. 14 el concesionario aceptó las disminuciones.”⁹²
(...)

“DR. PATIÑO: ¿Sabe usted si con posterioridad a la suscripción del Otrosí No? 14, al que usted hace referencia, la ANI solicitó unas nuevas disminuciones como consecuencia del incumplimiento del contratista en la construcción de la ciclorruta del tramo VI?

SRA. GUTIÉRREZ: No, no sé solicitaron con posterioridad a la suscripción de ese otrosí.

DR. PATIÑO: ¿Usted como directora de interventoría conoció sobre algún requerimiento que la ANI le hizo a la fiduciaria para que aplicara las disminuciones que oportunamente se habían comunicado o se había solicitado como consecuencia del incumplimiento de la construcción de la ciclorruta del tramo VI?

DRA. CEDIEL: Ya lo contesto.

SRA. GUTIÉRREZ: Sí, no recuerdo exactamente la fecha, pero creo que fue en julio tal vez o en agosto del 2018 la ANI solicitó a la fiduciaria que, por favor, aplicara a las disminuciones que no había aplicado desde que la interventoría Interconcesiones lo había solicitado.”⁹³

Lo dicho por la testigo Laura Cuervo:

“DR. PATIÑO: Por favor infórmele al Tribunal, ¿cuál fue exactamente la información que usted revisó, cuáles fueron los trabajos desde el punto de vista financiero y qué encontró producto de esas revisiones y la razón de las disminuciones que se le impusieron al concesionario San Rafael por el incumplimiento en la construcción de la ciclorruta del tramo VI?

SRA. CUERVO: Bueno. Lo que nosotros entramos a analizar es que esta era una disminución que se aplicaba por el no cumplimiento al 100% de la construcción de la ciclorruta del tramo VI, esta obligación estaba estipulada en la cláusula dos del adicional No. 1 al contrato de concesión No. 007 del 2007, el cual establecía que la concesionaria San Rafael debía realizar la ciclorruta entre el sector de Buenos Aires y el puente sobre el río Conbeima.

⁹² Testimonio de la señora DIANA GUTIÉRREZ DE PIÑERES del 20 de agosto de 2020, página15 de la transcripción.

⁹³ Testimonio de la señora DIANA GUTIÉRREZ DE PIÑERES del 20 de agosto de 2020, página15 de la transcripción.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)**

Ellos deberían construir 17 km, de los cuales en la fecha de terminación del plazo previsto contractualmente solamente incluyeron 13.6 kilómetros, quedando pendiente 3.4 kilómetros por construir, por esta razón la interventoría Interconcesiones, que era la que se encontraba en su momento, en un comunicado a la Agencia Nacional de Infraestructura del 28 de marzo del 2017 solicita que se le aplique la disminución por el no cumplimiento de la ciclorruta del tramo VI.

Esta cláusula que se solicita que se aplique es la cláusula 26 del contrato de concesión numeral 26.1.1, esta cláusula lo que estipula es que se aplique una disminución en la remuneración del concesionario por 15 SMMLV durante el plazo adicional señalado por la interventoría para dar cumplimiento a la obligación.

La interventoría le otorga al concesionario San Rafael once meses para que logré dar cumplimiento a la ciclorruta en la construcción de esos 3.4 kilómetros que faltaba, ese plazo se determina el 28 de febrero del 2018 y la concesionaria no da cumplimiento a esta obligación, la cláusula también estipula que si no se cumple con el plazo otorgado por la interventoría se hará una disminución al concesionario por cada día calendario transcurrido a partir de la fecha prevista para el cumplimiento equivalente al 150% de las disminuciones iniciales, o sea, sea el 150% de los 15 salarios mínimos iniciales.

Después de que termina el plazo del 28 de febrero del 2018, que le otorgó la interventoría, la ANI emite un oficio impartiendo instrucción a la fiduciaria de que se aplique la disminución diaria a partir del 01 de marzo del 2018, por un monto de \$17.577.945, que equivalen a 22.50 SMMLV, que son el 150% de los 15 salarios mínimos.

Esta disminución la fiduciaria nos informó el 26 de junio del 2018, que esa disminución no se venía aplicando a partir del 01 de marzo como se había indicado en las comunicaciones anteriores, entonces se le solicita que a la disminución diaria que se tendría que aplicar se le adicionara ese valor que no se había aplicado anteriormente, por eso es importante aclarar que la disminución iba del 01 de marzo al 06 de septiembre del 2018 antes de firmar el otrosí 14, pero como la fiduciaria no aplicó la disminución desde el 01 de marzo, por eso se empezó a aplicar desde el 09 de agosto del 2018 hasta el 14 de febrero del 2019 cumplimiento el mismo período, los 190 días. Eso fue lo que pudimos analizar financieramente los cálculos financieros y ese fue el apoyo que dimos para dar respuesta a la controversia.

DR. PATIÑO: Laura, por favor, infórmele al Tribunal si usted sabe o pudo determinar, ¿si se le pidió a la fiduciaria que hiciera disminuciones nuevas y adicionales a la Concesionaria San Rafael con posterioridad a la firma del otrosí No. 14 del 07 de septiembre del 2018?

SRA. CUERVO: No señor, no se solicitaron disminuciones nuevas, lo que se solicitó es que se aplicara la disminución que se tenía antes de la firma del otrosí que aplicara correctamente porque la fiduciaria no la había aplicado desde la fecha que tenía que iniciar, que era el 01 de marzo, la iniciaron el 09 de agosto, eso fue lo que se solicitó.”⁹⁴

Luego recuerda las comunicaciones que sobre las disminuciones emitió la Interventoría a la Fiduciaria y retrata nuevamente en dos cuadros como debía y cómo se hizo finalmente la disminución.

⁹⁴ Testimonio de Laura Cuervo Obando del 24 de agosto de 2020. Páginas 33 y 34 de la Transcripción.

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

4.8.4. El Concepto del Ministerio Público

El Señor Procurador 135 Judicial II para Asuntos Administrativos en su concepto y en relación con las pretensiones declarativas del Grupo VIII sintetiza que lo que la Convocante solicita es que se declare que a partir del 7 de septiembre de 2018, fecha de la suscripción del Otrosí No. 14 al Contrato de Concesión No. 007 de 2007, la Convocada no podía ordenar nuevas y/o adicionales disminuciones en la remuneración de la Concesionaria San Rafael S.A. y, como consecuencia de ello, se debe ordenar a la Agencia Nacional de Infraestructura ANI, revocar la instrucción impartida a la Fiduciaria Colpatria S.A. de efectuar la disminución en la remuneración de la Concesionaria San Rafael S.A. en cuantía de \$2.830.049.145, orden que fue dada con posterioridad a la suscripción del Otrosí No. 14.

Señala además, que se plantean como **Pretensiones Subsidiarias** que se declare que la CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A. construyó el ochenta por ciento (80%) del total de la Cicloruta contratada en el Adicional No. 1 al Contrato de Concesión No. 007 de 2007 por cuanto ejecutó 13.6 Km del total de 17 Km contratados y, por tanto, la disminución en la remuneración de la CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A., imponible por la no construcción de 3.4 Km de Cicloruta debe ajustarse a un veinte por ciento (20%) del total de la ordenada por la Agencia, esto es, a la suma \$ 566.009.829 y, por ende, la ANI debe reembolsar a la Concesionaria San Rafael S.A. la suma de \$ 2.264.039.316, pesos de 2018, que corresponde al mayor valor Disminuido.

Expone sumariamente que la demandada afirma que no ordenó nuevas disminuciones de la remuneración con posterioridad a la suscripción del Otrosí No. 14 de 2018, pues lo que hizo mediante comunicaciones 2018-310-025350-1 y 2018-306-031525-1 de 21 de septiembre de 2018 fue solicitarle a la Fiduciaria Colpatria aplicar las disminuciones ordenadas con anterioridad al Otrosí No. 14 correctamente, en tanto dicha fiduciaria había desconocido los términos, condiciones y montos de la disminución ordenada previamente mediante la comunicación C.1082/GC3623/17/5.2, radicado ANI No. 2017-409-032430-2 de 28 de marzo de 2017.

Expone que según la Cláusula 2 del Adicional No. 1 al Contrato de Concesión N° 007 de 2007, la Concesionaria San Rafael debía realizar una Cicloruta entre el sector de Buenos Aires en el PR 6 de la Ruta 40-04 y el Puente sobre el Río Combeima, localizado aproximadamente en el PR11+000 de la Ruta 40 TLC (17 km). y a un lado de esta vía se construirá una cicloruta de 2.8 metros de ancho libre que discurra paralela con el trazado de la vía en una longitud de 17 km. y que esto es aceptado por las Partes, por lo que debe darse por establecido, que el Concesionario construyó 13.6 kilómetros de los 17 pactados, dejando de construir 3.4 kilómetros de esta cicloruta, por lo cual la ANI le aplicó una disminución en la remuneración.

El Agente del Ministerio Público, deduce que hay dos puntos básicos en la controversia, que uno es el relacionado con las discusiones que se dieron entre las Partes para el cambio de trazado de esta cicloruta, que se concretó con la suscripción del Otrosí No. 14 y, el segundo, es el que tiene que ver con la posible disminución de la remuneración más allá de lo pactado.

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

Sobre el primer punto, dice que es cierto que la Concesionaria propuso a la ANI la sustitución de la construcción de los 3.4 Kilómetros de cicloruta no construidos, conversaciones que finalmente concluyeron con la suscripción del Otrosí No. 14 al Contrato de Concesión, en el cual se sustituyeron las obras consistentes de los 3.4 kilómetros de la cicloruta faltantes, por la construcción de otras obras.

Expresa el Procurador que ello solo se puede traducir en que la modificación acordada por las Partes al Contrato, contenidas en el Otrosí No. 14, solo tiene vigencia hacia el futuro y que obviamente lo que se habló con anterioridad o los tiempos en que se tardaron en llegar a un acuerdo, en nada modifican lo pactado inicialmente en el contrato y no puede convalidar el incumplimiento anterior de las Partes.

Para corroborar lo anterior, señala que en el parágrafo primero de la cláusula octava del Otrosí No. 14 se estipuló este asunto y además se aceptó por las Partes que los recursos que hasta el momento de la suscripción del Otrosí se hubiesen disminuido de la remuneración del Concesionario irían a la Subcuenta de Excedentes del fideicomiso y transcribe:

“Las disposiciones contenidas en este Otrosí no tienen efecto retroactivo ni retrospectivo, por lo tanto, los recursos que hasta el momento de la suscripción del otrosí se hayan disminuido de la remuneración del concesionario conforme al procedimiento previsto en la Cláusula 26 del Contrato de Concesión 007 de 2007, acrecerán a la Subcuenta de Excedentes del fideicomiso. Como consecuencia de lo anterior, EL CONCESIONARIO se compromete a mantener a LA AGENCIA libre de cualquier reclamación por este concepto.” (Negritas y subrayas fuera de texto)

Analiza sobre el segundo aspecto, es decir sobre la posible disminución de la remuneración con posterioridad a la suscripción del Otrosí No. 14, que sí se presentaron descuentos después de la fecha de suscripción del Otrosí, esto es después del 7 de septiembre de 2018, pero que lo importante no es determinar la fecha en que se hicieron esos descuentos, sino que los mismos corresponden al periodo debido y en la proporción correcta que establece el Contrato.

Agrega que en la Cláusula 26 del Contrato de Concesión se reglamentó lo relacionado con la DISMINUCIÓN DE LA REMUNERACIÓN DEL CONCESIONARIO y transcribe:

“26.1.11: ... Si se vence el plazo adicional que otorgó el INCO a través de la Interventoría para lograr el cumplimiento de las Especificaciones Técnicas de Construcción y Rehabilitación o para culminar las obras, sin que se hayan corregido los incumplimientos o se hayan terminado las obras, se aplicará una disminución en la remuneración del Concesionario por cada Día Calendario transcurrido a partir de la fecha prevista para el cumplimiento de esta obligación equivalente al ciento cincuenta por ciento (150%) de las disminuciones iniciales hasta que efectivamente se corrija el incumplimiento o se terminen las obras...”

Adicionalmente refiere a la comunicación C.1082/GC3623/17/5.2 del 28 de marzo de 2017, del Consorcio Interconcesiones, que en esta se solicita la disminución de la remuneración al Concesionario por no terminar las obras de Construcción de la cicloruta del Tramo 6, dentro de los plazos previstos en el numeral 7.3 de la Clausula 7 y extracta que al interior de la misma:

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)**

“Conforme a lo acá explicado se procede a solicitar la disminución en la remuneración del Concesionario a amparo de la cláusula 26 del Contrato de Concesión No. 007 de 2007, específicamente el numeral 26.1.11 No obstante lo anterior la Interventoría concede el plazo de once (11) meses contados a partir del recibo de la presente comunicación, para que el Concesionario ajuste los diseños al cumplimiento de lo requerido contractualmente y realice la construcción a desnivel de la Intersección Buenos Aires y de la cicloruta entre la intersecciones El Rodeo y Combeima”

Señala que como quiera que efectivamente la Concesionaria no cumplió con el desarrollo de las obras de la Cicloruta Tramo 6 y que los 11 meses concedidos de plazo vencieron al finalizar el mes de febrero, por lo cual, la disminución debió aplicarse desde el 1º de marzo de 2018 hasta el 6 de septiembre del mismo año, día anterior a la fecha de suscripción del Otrosí No. 14 y según explica la ANI, la disminución aplicada por la suma de \$ 3.339.809.555, si bien se terminó de efectuar el 14 de febrero de 2019, ella correspondió a la sanción diaria en pesos desde el 1 de marzo de 2018, hasta el 6 de septiembre de 2018, es decir por un total de 190 días, dado que la Fiduciaria inicialmente no realizó el descuento desde el día que correspondía, ni en los montos ordenados.

Por lo anterior, el Procurador trae como sustento la declaración del ingeniero NELSON SUANCA BALLÉN, de la ANI, quien dice que al preguntársele si la Entidad había enviado a la Fiduciaria Colpatria luego de la suscripción del Otrosí No. 14, para que aplicará correctamente las disminuciones que se habían ordenado con posterioridad, dice que el Ingeniero explicó que sí. El Procurador a renglón seguido, transcribe unos apartes de la misma declaración, los cuales están en los antecedentes de este Laudo y que no obstante, se resalta el siguiente párrafo “(...) **entonces la comunicación de que es posterior a la suscripción del Otrosí, lo único que hace es aclararle a la fiducia que debe continuar la disminución para cubrir ese valor que había dejado disminuir entre marzo y agosto del 2018, sin superar el tope máximo que establece la cláusula 26, que es el 10% del recaudo, básicamente en ese sentido fue esa comunicación.**”

Expresa que en atención a la Declaración de LAURA CUERVO OBANDO, de la ANI, quien también se refirió al tema de las disminuciones al Concesionario del mismo que el Ingeniero SUANCA BALLÉN, ella explica cuándo se había terminado el plazo de los 11 meses, en qué consistía el oficio de la Interventoría de la época, que además no se empezaron las disminuciones cuando se ordenó ni en las proporciones correspondientes, al tiempo que aclara que “**no se solicitaron disminuciones nuevas, lo que se solicitó es que se aplicara la disminución que se tenía antes de la firma del Otrosí que aplicara correctamente porque la fiduciaria no la había aplicado desde la fecha que tenía que iniciar, que era el 01 de marzo, la iniciaron el 09 de agosto, eso fue lo que se solicitó**”

Por lo que el Agente del Ministerio Público concluye que lo importante no es establecer las fechas en las cuales se hicieron los descuentos, sino que ellas correspondieran al monto y periodo del incumplimiento, es decir entre el 1 de marzo y el 6 de septiembre de 2018, un total de 190 días, que corresponden según los cálculos efectuados de \$ 17.577.945, que equivalen a 22.50 SMMLV, que son el 150% de los 15 salarios mínimos, que asciende a un total de \$ 3.339.809.555 y entonces, los \$ 2.830.049.145 que según la Concesionaria les descontaron con posterioridad a la suscripción del Otrosí, corresponderían a la diferencia entre el valor descontado por la Fiduciaria inicialmente, esto es la suma de \$ 527.335.200

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)**

y el que realmente correspondía, por lo que no podría decirse que se les descontó más de los estipulado en el contrato.

Agrega que de lo anterior se deduce que la ANI no ordenó nuevas y/o adicionales disminuciones en la remuneración de la CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A. y, por tanto, no debe revocar la instrucción impartida a la Fiduciaria Colpatria S.A. dirigida a efectuar la disminución en la remuneración de la CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A. en cuantía de \$2.830.049.145 dispuesta con posterioridad a la suscripción del Otrosí No. 14, pues ella, como se indicó corresponde al valor faltante de la disminución no aplicada correctamente por la Fiduciaria, para el periodo comprendido entre el 1 de marzo y el 6 de septiembre de 2018.

Finalmente y sobre las **Pretensiones Subsidiarias** el Agente del Ministerio Público considera que las mismas tampoco pueden ser de recibo, pues las disminuciones efectuadas están ajustadas a lo regulado en el artículo 26 del contrato de Concesión, y que las mismas solo tienen los topes que allí se establecen, esto es el del 10% del recaudo, por lo que ahora no se le puede solicitar al Tribunal “tener en cuenta otros aspectos no regulados por las partes, como es el porcentaje de avance de la obra o de lo dejado de ejecutar, pues si se accediere a ello, equivaldría a que el Tribunal se pronunciara en conciencia y no en derecho como le corresponde”. (Subrayado fuera de texto).

4.8.5 Los problemas jurídicos por resolver.

Estudiadas las pretensiones planteadas en la demanda reformada y las excepciones de mérito propuestas en la contestación a la misma, así como en la demanda de reconvención, el Tribunal deduce que los asuntos que debe dirimir para decidir este grupo de pretensiones se traducen en los siguientes problemas jurídicos:

Habiéndose incumplido unas obligaciones que generaron la disminución de la remuneración del Concesionario, pero habiéndose sustituido o reemplazado tales obligaciones por otras a partir del Otrosí No. 14, en el cual se pactó en consecuencia la cesación de la disminución de la remuneración ¿Cuál es el alcance de la cláusula 8 del Otrosí No. 14 en relación con las disminuciones de remuneración con motivo de las obras incumplidas y que fueron sustituidas por dicho Otrosí? ¿Las disminuciones practicadas después del Otrosí No. 14 eran nuevas disminuciones de la remuneración? ¿Podía la ANI ordenar corregir y ajustar las disminuciones anteriores después de la firma del Otrosí No. 14? ¿Está obligado el Concesionario a permitir que se le siga disminuyendo su remuneración por las obligaciones incumplidas que fueron sustituidas? ¿El reclamar por los ajustes o las correcciones de las liquidaciones, tiempos y modos de las disminuciones después de la firma del Otrosí No. 14 significa que el Contratista va contra sus propios Actos?

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

4.8.6 Los antecedentes de la situación objeto de controversia en relación con las obras de la Cicloruta en el Tramo 6 (Variante Picaleña entre los PR 12+500 de la Ruta 40 TLE y PR11+000 de la Ruta 40 TLC)

En los documentos contractuales y por lo tanto suscritos por las mismas Partes, se puede observar la problemática generada por la construcción de la Cicloruta en la Variante Picaleña, su incumplimiento parcial y la sustitución que, en consecuencia, se hizo de tal obra.

En un principio, considerando el volumen de tráfico pesado que transitaría por la Variante Picaleña, el Instituto Nacional de Concesiones INCO -hoy Agencia Nacional de Infraestructura ANI- y la CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A. estimaron pertinente la construcción de esta vía en doble calzada de diecisiete (17) kilómetros que tendría como punto de inicio el Puente sobre el Río Combeima y como punto final el sector de Buenos Aires de la Ruta 40-04, así como su mantenimiento periódico y rutinario, incluyendo cicloruta y la construcción del Ramal Norte. Para efectos de hacer viable la activación del Alcance Progresivo y la incorporación de obras adicionales, y de esta forma priorizar los recursos generados por el recaudo del peaje, las citadas Partes consideraron pertinente entonces modificar el Alcance Básico del Contrato de Concesión.⁹⁵

En tal virtud, el Instituto Nacional de Concesiones INCO -hoy AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA ANI- y la Concesionaria San Rafael S.A. suscribieron el día 22 de agosto de 2008 el Contrato Adicional No. 1 al Contrato de Concesión No. 007 de 2007 mediante el cual, entre otras obras, se acordó activar las obras correspondientes al Alcance Progresivo previstas en el Apéndice E del Contrato de Concesión No. 007 y, en consecuencia, se incorporó al mismo, entre otras, la construcción de la Variante Picaleña entre el sitio conocido como Buenos Aires en el PR6 de la Ruta 40-04 y el Puente sobre el Río Combeima, localizado aproximadamente en el PR11-000 de la Ruta 40TLC, con una longitud estimada de 17 km (Cláusula Primera).

De conformidad con lo anterior, se adicionó al Contrato de Concesión, entre otras obras, la construcción de la segunda calzada de la Variante Picaleña entre el sitio conocido como Buenos Aires en el PR6 de la Ruta 40-04 y el Puente sobre el Río Combeima, localizado aproximadamente en el PR11-000 de la Ruta 40TLC, con una longitud estimada de 17 km. y, adicionalmente, se pactó que en un lado de esta vía se construiría una cicloruta de 2,8 metros de ancho libre que discurriría paralela con el trazado de la vía, en una longitud de 17 km. (Cláusula Segunda), al tiempo que se modificó entonces la Cláusula 62 del Contrato de Concesión en lo que hace referencia a la Contraprestación incluida la citada obra adicionada (Cláusula Cuarta) y el monto del Ingreso Esperado (Cláusula Quinta).

Teniendo en cuenta que las obras a ejecutar en desarrollo del Contrato de Concesión No. 007 de 2007 se vieron modificadas, fue necesario modificar a su vez, el numeral 7.3 de la Cláusula 7 Etapa de Construcción y Rehabilitación, lo cual se hizo en los términos pactados en la Cláusula Sexta; para efectos de adelantar la gestión predial relacionada con las obras

⁹⁵ Cfr. Considerando No. 15 del Contrato Adicional No. 1 del 22 de agosto de 2008, al Contrato de Concesión No. 007 de 2007.

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

del Alcance Progresivo y las Adicionales, se aumentó el monto de los recursos a efectuar por el Concesionario a la Subcuenta Predios y a la Subcuenta de Interventoría para lo cual se modificaron el segundo párrafo del literal a) del numeral 6.2.1. de la cláusula 6 “Etapas de Preconstrucción” y el numeral 66.1 de la Cláusula 66 “Interventoría”, en los términos pactados en las Cláusulas Séptima y Octava del Contrato Adicional. Igualmente se modificó el numeral 2.3 del Apéndice A, en los términos de la Cláusula Novena.

En la Cláusula Décima del Contrato Adicional No. 1 al Contrato de Concesión No. 007 de 2007 se fijó como plazo para la ejecución del Hito No. 6. Variante Picalaña, incluida la Cicloruta (entre los PR 12+500 de la Ruta 40 TLE y PR11+000 de la Ruta 40 TLC), un total de Treinta y Seis (36) meses que se contarían a partir del inicio de la etapa de construcción, rehabilitación y mejoramiento.

Las Partes suscribieron el Acta de Inicio de la Etapa de Construcción el 22 de diciembre de 2008.

En la tabla “Alcances” según Apéndice A y Contrato Adicional No. 1 – Cláusula Novena “Alcances del Proyecto” del numeral 4 del Acta de Inicio de la Etapa de Operación del Tramo 6 “Variante Picalaña”, suscrita el 15 de julio de 2015, se estableció lo siguiente:

“(…) Se construyeron 16.1 km de doble calzada de acuerdo con los planos y diseños presentados por la Sociedad Concesionaria San Rafael. Así mismo se construyeron 12.4 km de ciclorruta de 2.8 metros de ancho paralela al trazado de la vía (…).”

El Consorcio INTERCONCESIONES, en su calidad de Interventor del proyecto, mediante la comunicación C.1082/GC1435/14/7.1.3, radicada en la ANI el 13 de junio de 2014, con el No. 2014-409-027740-2, constató que una vez cumplido el plazo pactado en el Contrato Adicional No. 1 para la entrega de las obras atinentes a la Ciclorruta del Tramo 6 – Variante Picalaña, entre los PR 12+500 de la ruta 40 TLE y PR 11+000 de la ruta 40TLC (Intersección El Rodeo e Intersección Combeima) las mismas no habían sido culminadas toda vez que, la construcción solo llegó hasta el PR 12+500 de la Variante Picalaña en la Intersección El Rodeo, no continuando hasta el puente sobre el Río Combeima, conforme lo establecían las estipulaciones contractuales.⁹⁶

Como consecuencia de lo anterior, la citada Interventoría, a partir del 12 de junio de 2014 y hasta el 23 de septiembre de 2016 inclusive, requirió a la CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A. mediante las comunicaciones C.1082/GC1435/14/7.1.3 del 12 de junio de 2014, radicado ANI 2014-409-027740-2, C.1082/GC1788/14/5.2 del 24 de octubre de 2014, radicado ANI 2014-409-052567-2 y C.1082/GC3231/16/5.2 del 23 de septiembre de 2016, radicado ANI 2016-409-085914-2, por la no terminación de las obras de la Ciclorruta del Tramo 6 – Variante Picalaña.⁹⁷

La CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A. mediante la comunicación No. GIC-2014-1465 del 25 de junio de 2014, respondió al requerimiento C.1082/GC1435/14/7.1.3 del 12 de junio de 2014, manifestando lo siguiente:

⁹⁶ Cfr. Considerando No. 9 del Otrosí No. 14 suscrito por las Partes el 7 de septiembre de 2018.

⁹⁷ Cfr. Considerando No. 10 del Otrosí No. 14 suscrito por las Partes el 7 de septiembre de 2018.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)**

“(…) En ese entonces, sin mediar nada escrito, se nos emplazó para que los 3.0 km de la Ciclorruta que iba de la Glorieta El Rodeo hasta el Combeima, se construyera mejor entre el aeropuerto y el complejo deportivo donde hacen más presencia las ligas de ciclismo y patinaje como los funcionarios de la Interventoría han podido comprobar los fines de semana. En resumen, la Ciclorruta construida tiene 20,6 km y faltan por construir 3.4 km que corresponden como, su oficio lo dice, al tramo comprendido entre la Glorieta el Rodeo y el Puente Combeima. No se dieron los adicionales y cuando cambió la administración de la Entidad Concedente, no consideramos prudente reevaluar la compra de predios para acomodar la Ciclorruta porque entonces no hubiéramos podido terminar los últimos km de la Variante Picañena dentro de los tiempos contractuales (...).”⁹⁸

La AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA ANI solicitó a la CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A. mediante la comunicación No. 2015-306-012884-1 del 12 de junio de 2015 adelantar y/o culminar las obras de la Ciclorruta del Tramo 6 – Variante Picañena.⁹⁹

Así mismo, la Concesionaria San Rafael S.A., mediante la comunicación GIC-2015-01504 del 10 de agosto de 2015, respondió al requerimiento 2015-306-012884-1 de la ANI por la no culminación de las obras de la Ciclorruta del Tramo 6 – Variante Picañena, indicando lo siguiente:

“(…) dos vecinos aledaños (Nicolás Laserna y Henry Escobar) a quienes les compramos predios de manera voluntaria y amigable, nos han manifestado su rechazo respecto de la construcción de una ciclorruta en sus frentes. Dado que según lo expuesto en el numeral anterior, se debe modificar la Licencia Ambiental No. 1763 de 2008, creeríamos que esta solicitud de modificación podría ser rechazada por los vecinos (...).”¹⁰⁰

Entonces, como consecuencia de la observancia del tránsito automotor por sobre el Tramo 6 efectuado por la Interventoría y la CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A. ésta y la Entidad Concedente concluyeron que existía la necesidad de construir una Intersección a Desnivel en el sitio denominado Glorieta el Rodeo.

Entre tanto, la Interventoría, mediante la comunicación C.1082/GC3623/17/5.2 de 28 de marzo de 2017, radicado ANI 2017-409-032430-2 del 28 de marzo de 2017, presentó a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA ANI, solicitud de disminución en la remuneración del Concesionario por, entre otras causales, la prevista en el numeral 26.1.11 de la Cláusula 26 del Contrato de Concesión No. 007 de 2007, por no terminar las obras de construcción, rehabilitación y mejoramiento de la Ciclorruta del Tramo 6 – Variante Picañena entre los PR 12+500 de la ruta 40 TLE y PRE 11+100 de la ruta 40TLC (Intersección El Rodeo e Intersección Combeima) dentro del plazo previsto en el numeral 7.3 de la Cláusula Séptima del Contrato de Concesión No. 007 de 2007, modificada por la Cláusula Sexta del Contrato Adicional No. 1 del 22 de agosto de 2008, y por no cumplir con las Especificaciones Técnicas de Construcción de las obras de la intersección a desnivel Buenos Aires dentro

⁹⁸ Cfr. Considerando No. 11 del Otrosí No. 14 suscrito por las Partes el 7 de septiembre de 2018.

⁹⁹ Cfr. Considerando No. 12 del Otrosí No. 14 suscrito por las Partes el 7 de septiembre de 2018.

¹⁰⁰ Cfr. Considerando No. 13 del Otrosí No. 14 suscrito por las Partes el 7 de septiembre de 2018.

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

del plazo previsto en el numeral 7.3 de la Cláusula Séptima del Contrato de Concesión No. 007 de 2007, modificada por el Adicional No. 1 del 22 de agosto de 2008.¹⁰¹

Téngase presente que en la Cláusula 26 del Contrato de Concesión No. 007 de 2007, se pactó lo siguiente en materia de disminución de la remuneración del Concesionario:

“CLAUSULA 26 DISMINUCIÓN DE LA REMUNERACIÓN DEL CONCESIONARIO

26.1. Se aplicarán las disminuciones en la remuneración del **Concesionario** por los montos y en los casos de mora en el cumplimiento o por incumplimiento de las obligaciones previstas en este numeral:

(...)

26.1.11 Cuando la terminación de las **Obras de Construcción, Rehabilitación y Mejoramiento** para un **Trayecto** determinado, dentro de los plazos previstos en el numeral 7.3 de la CLAUSULA 7 de este **Contrato**, no cumpla a cabalidad con las **Especificaciones Técnicas de Construcción, Rehabilitación y Mejoramiento** o cuando al vencimiento de dichos plazos no se hayan culminado las **Obras de Construcción y Rehabilitación** correspondientes, se aplicará una disminución en la remuneración del **Concesionario** equivalente a quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes durante el plazo adicional señalado por el **Interventor**, contado desde el momento en que el **Interventor** haya comunicado al **Concesionario** la necesidad de corregir o complementar las obras realizadas y hasta que el **Concesionario** demuestre que ha tomado las medidas necesarias y suficientes para corregir el incumplimiento respectivo a satisfacción del **Interventor**. Si se vence el plazo adicional que otorgó el **INCO** a través de la **Interventoría** para lograr el cumplimiento de las **Especificaciones Técnicas de Construcción y Rehabilitación** o para culminar las obras, sin que se hayan corregido los incumplimientos o se hayan terminado las obras, se aplicará una disminución en la remuneración del **Concesionario** por cada **Día Calendario** transcurrido a partir de la fecha prevista para el cumplimiento de esta obligación equivalente al ciento cincuenta por ciento (150%) de las disminuciones iniciales hasta que efectivamente se corrija el incumplimiento o se terminen las obras. Si pasaren más de (30) **Días Calendario**, contados desde el vencimiento del plazo adicional fijado por el **Interventor**, sin que el **Concesionario** haya conseguido cumplir con esta obligación, el **INCO** podrá declarar la caducidad del **Contrato**, de conformidad con la **CLAUSULA 51.**”

Por su parte, en el primer apartado de la Cláusula 26.5 del citado Contrato de Concesión, se pactó lo siguiente:

“26.5. La causación de las disminuciones en la remuneración del Concesionario previstas en esta cláusula, son condicionales sujetas únicamente a la ocurrencia de los supuestos fácticos enunciados. Si los hechos que podrían generar la aplicación de dichas disminuciones son el resultado de Fuerza Mayor o Caso Fortuito, se aplicará lo previsto en la CLAUSULA 64 de este Contrato y -por lo tanto- no se generarán las disminuciones en la remuneración de, Concesionario aquí previstas. Tampoco se generarán las disminuciones en la remuneración del Concesionario si el incumplimiento del Concesionario tiene causa directa en el incumplimiento de las obligaciones del INCO.”

¹⁰¹ Cfr. Considerando No. 14 del Otrosí No. 14 suscrito por las Partes el 7 de septiembre de 2018.

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

Sin embargo, en virtud del Acuerdo al que llegaron la Entidad Concedente y la CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A., según hecho admitido por la ANI, se ordenó a ésta última la elaboración del Diseño Geométrico de la Intersección a Desnivel El Rodeo para que surtiera las correspondientes aprobaciones por parte de la Interventoría y de la Agencia. Por tal razón fue que en la citada comunicación C.1082/GC3623/17/5.2 de 28 de marzo de 2017, la Interventoría señaló lo siguiente:

*“(...) No obstante lo anterior, la Interventoría concede el plazo de **once (11) meses contados a partir del recibo de la presente comunicación, para que el Concesionario ajuste los diseños al cumplimiento de lo requerido contractualmente y realice la construcción a desnivel de la intersección Buenos Aires y de la ciclorruta entre las intersecciones El Rodeo y Combeima (...)**”.*
(Subrayado fuera del texto)¹⁰²

Presentado oportunamente el Diseño Geométrico, este fue objeto de aprobación por la Interventoría y como consecuencia de ello, las Partes trabajaron en un proyecto de Otrosí al Contrato con fundamento en el cual se construiría la Intersección a Desnivel El Rodeo, en sustitución de los 3.4 kilómetros de Cicloruta faltante, tomando para ello los recursos inicialmente asignados a ese propósito que se añadirían a los preexistentes en la Subcuenta de Excedentes ANI del Patrimonio Autónomo FC Concesionaria San Rafael. Sin embargo, dentro del plazo concedido por la Interventoría, el citado Proyecto de Otrosí no se firmó, por cuanto la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA consideró finalmente, que los recursos existentes en la Subcuenta Excedentes ANI no podían ser invertidos en dicha obra.

Entonces, la Interventoría, mediante la comunicación No. C1882/GC4247/18/5.2. del 26 de marzo de 2018, con Radiado No. 2018-409-030346-2 informó a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA ANI que:

“(...) teniendo en cuenta que el plazo adicional para corregir o complementar las obras referidas, otorgado por la ANI a través de la Interventoría, venció el 28 de febrero de 2018 tal y como se indicó en el capítulo anterior y atendiendo la literalidad del contrato, se tiene que: A partir del 1 de marzo de 2018 se aplicará una disminución en la remuneración del Concesionario por cada Día Calendario equivalente al ciento cincuenta por ciento (150%) de las disminuciones iniciales hasta que efectivamente se corrija el incumplimiento o se terminen las obras, esto esquivale a la suma de DIEZ Y SEIS MILLONES QUINIENTOS NOVENTA Y OCHO MIL SETECIENTOS TREINTA Y DOS PESOS CON CINCUENTA CENTAVOS (\$16.598.632,50), por cada día calendario hasta que efectivamente se corrija el incumplimiento o se terminen las obras. (...)”¹⁰³.

En tal virtud, a efectos de implementar una solución atinente a la terminación de las obras de la Cicloruta del Tramo 6 - Variante Picaleña, la CONCESIONARIA SAN RAFAEL presentó a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA la comunicación GIC-BG-2018-0880, con radicado ANI No. 2018-409-063651, en la cual señaló lo siguiente:

“(...) Por lo anterior, y dado que las razones para no construir la cicloruta el Rodeo hasta el Combeima persisten y que sería necesario acudir a una modificación de

¹⁰² Cfr. Considerando No. 14 del Otrosí No. 14 suscrito por las Partes el 7 de septiembre de 2018.

¹⁰³ Cfr. Considerando No. 15 del Otrosí No. 14 suscrito por las Partes el 7 de septiembre de 2018.

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

*licencia ambiental y que aún tenemos problemas sociales en Gualanday por resolver, proponemos (...) que la ciclorruta se haga en sentido Buenos Aires - Gualanday, con el fin de crear una ruta deportiva turística que permita hacer un aporte desde el proyecto para paliar parcialmente los problemas que expresa la comunidad de Gualanday. La ciclorruta se construiría desde Buenos Aires siguiendo el corredor Férreo abandonado, el cual, está siendo invadido por la condición de abandono en que se encuentra hasta llegar al Alto de Gualanday. A partir del Alto de Gualanday bajaría en la margen derecha de la vía Ibagué-Girardot (...) Esta Ciclorruta se pondría a funcionar simultáneamente con lo segunda Calzada de la Variante Gualanday y **correspondería a la mutación de la ciclorruta no construida desde El Rodeo al Combeima**, haciendo el respectivo ejercicio financiero. (...)”¹⁰⁴ (Destacado fuera del texto original).*

Posteriormente, el Consorcio MAB, en calidad de Interventor del proyecto, mediante la comunicación CMAB-1-476-00111-18, remitida a la ANI con radicado No. 2018-409-069833-2 de 12 de julio de 2018, solicitó al Concesionario complementar la propuesta de sustitución de obra presentada mediante su Comunicación GIC-BG-2018-0880.¹⁰⁵

Entonces, la Concesionaria, mediante las comunicaciones Nos. GIC-BG-2018-0956, con radicado ANI No. 2018-409-071650 de 17 de julio de 2018 y GIC-BG-2018-1013, con radicado ANI No. 2018-409-073432-2 de 23 de julio de 2018, atendió los requerimientos del Interventor respectivamente, y señaló:

“(...) Como es de conocimiento general, a lo largo del desarrollo del Proyecto de Concesión Vial Girardot-Ibagué-Cajamarca, se han tenido fuertes problemáticas con la Comunidad de Gualanday, hasta llegar a las vías de hecho y parar las obras de construcción del Túnel de Gualanday y de la Segunda Calzada de la Variante Gualanday, alegando principalmente los líderes, que la reorganización del tráfico traerá afectaciones en los comercios formales e informales, que hoy se asientan a lo largo de la Ruta 4004. Así las cosas, proponer que la ciclorruta se haga en sentido Buenos Aires - Gualanday, lograría disminuir las diferencias que se tienen con esta población, creando una ruta deportiva y turística que seguramente atraerá muchos visitantes a Gualanday, lo que, a su vez, significará en un posible incremento del comercio. Desde nuestro análisis, la ciclorruta se torna conveniente y sería aprovechada de manera significativa por las comunidades de Gualanday e Ibagué, y los visitantes forasteros que permanentemente hoy dan uso a la ciclorruta existente (...) La ciclorruta se construiría desde la Intersección Buenos Aires (PR 6+000 Ruta 4004) hasta llegar al Alto de Gualanday adosada a la segunda calzada construida por Concesionario San Rafael (Tramo 3). A partir del Alto de Gualanday bajaría en la margen derecha de la Vía Ibagué - Girardot (Ruta 4004), aproximadamente hasta el Parque de Gualanday (PR 13+500 Ruta 4004) (...)”

“1. Justificación de la razón por la cual no se construyó la ciclorruta completa. Entre las Intersecciones El Rodeo y Combeima, no hay razones de carácter socioeconómico que justifiquen la dotación de una ciclorruta, en el entendido que la demanda de este tipo de infraestructura obedece a connotaciones sociales que contribuyan a las comunidades con mejores condiciones de movilidad y conectividad en general, es decir un incremento en su calidad de vida. La ciclorruta en el sector referido no se enmarca en un entorno propicio para su materialización, ya que en primera instancia la zona se destaca por tener distribución de población de tipo rural

¹⁰⁴ Cfr. Considerando No. 16 del Otrosí No. 14 suscrito por las Partes el 7 de septiembre de 2018.

¹⁰⁵ Cfr. Considerando No. 17 del Otrosí No. 14 suscrito por las Partes el 7 de septiembre de 2018.

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

*dispersa, aislada y en baja densidad, donde predominan predios de grandes extensiones de propiedad de terratenientes que por su connotación social no serían en últimas los usuarios de este servicio. En otras palabras, se tendrían muy bajos índices de movilidad en bicicleta haciendo inviable la relación costo - beneficio que se requiere al efecto. Por otra parte, en la zona de la Intersección Combeima confluyen una serie de flujos vehiculares que se interceptan en muy altos volúmenes de tráfico, con presencia entre otros de automotores pesados de larga distancia, es decir un punto neurálgico de la Ruta 40 de la Red Vial Nacional, que irradia en su entorno una dinámica que no es en absoluto propicia o armónica al devenir tranquilo y seguro de ciclorrutas, por aspectos asociados a velocidad vehicular, a polución por material particulado y gases, y a la holgura y libre circulación segura por parte de los usuarios de la ciclorruta; en otras palabras, un escenario que no cumple con el objetivo de la referida calidad de vida mencionada en principio. Desde el punto de vista de desarrollo y aporte funcional, no hay en el sector zonas residenciales, escolares o industriales en general, que demanden mayores y mejores esquemas de conectividad y movilidad, es decir la búsqueda encaminada a subsanar eventuales falencias en materia de conexión eficiente y sostenible. Tampoco existen áreas especiales de atracción lúdica como parques, bosques, rondas, etc. Por ende, una ciclorruta no sería una alternativa aportante para el desarrollo de este sector, ya que en síntesis sus características socioeconómicas no requieren de la implantación de ciclorrutas o medios alternativos de movilidad más allá de lo presente. (...) **2. Conveniencia y Factibilidad de construir la Ciclorruta en el sentido Buenos Aires - Gualanday, donde se detalle el impacto de la misma.** Esta obra de infraestructura vial es estratégica desde el punto de vista socioeconómico para la comunidad de Gualanday e Ibagué, toda vez que sería el medio de transporte para contribuir a mejorar el acceso al trabajo, la educación, los bienes y servicios, el turismo e incluso representaría un mecanismo invaluable para la práctica del ciclismo a nivel departamental. De igual manera, contribuiría al desarrollo del oriente del Departamento del Tolima en conexión con Bogotá, que hoy por hoy supone grandes retos como son: atender las necesidades de movilidad segura y eficiente de las personas; los bienes y los suministros; disminuir las emisiones de gases efecto invernadero; cambiar los métodos de suministro de energía; incentivar la movilidad activa como método de disminución de riesgos asociados al sedentarismo y contribuir con el turismo que volvería a atraer de forma sostenible mayores visitantes a Gualanday, lo que a su vez significará en un evidente incremento del comercio. El construir esta ciclorruta contribuye en el sentido de aportar para que el Departamento del Tolima, sea un territorio con vocación 'ciclo-inclusiva', es decir un escenario geográfico en el cual, dadas las condiciones sociales y ambientales presentes, las personas puedan utilizar la bicicleta de manera segura y cómoda para todos sus desplazamientos. Dicho de otra manera, un entorno donde la bicicleta es una manera normalizada de transporte de todas las personas, sin importar su edad y condición; para mujeres, hombres y la niñez; para ir a trabajar o para el esparcimiento; y para todos los períodos del día y del año. Es importante señalar que, al construirse esta infraestructura de alta connotación social, se generaría la indispensable continuidad o enlace operativo con el sistema de ciclorruta que se tiene actualmente en la concesión, el cual culmina o va hasta la Intersección Buenos Aires, subsanando además las situaciones de riesgo en las que se ven expuestos los actuales usuarios de la bicicleta, aislándolos adecuadamente y de forma segura de las operaciones vehiculares aledañas (...)"¹⁰⁶*

En consecuencia, el Consorcio MAB, en su calidad de Interventor del proyecto, mediante la comunicación CMAB-1-476-00144-18, con radicado ANI No. 2018-409-074121-2 del 25 de julio de 2018, emitió concepto favorable sobre la solicitud de sustitución de las obras faltantes de la Ciclorruta del Tramo 6 - Variante Picaleña, entre los PR 12+500 de la ruta 40 TLE y PR 11 +000 de la ruta 40TLC (Intersección El Rodeo e Intersección Combeima) por

¹⁰⁶ Cfr. Considerando No. 18 del Otrosí No. 14 suscrito por las Partes el 7 de septiembre de 2018.

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

la elaboración de los estudios y diseños a nivel Fase III y la construcción de la Ciclorruta ubicada desde la Intersección Buenos Aires (PR6+000 Ruta 4004) hasta llegar al Alto de Gualanday adosada a la segunda calzada construida por la CONCESIONARIA SAN RAFAEL (Tramo 3),concluyendo:

“(…)

Al respecto, esta Interventoría pone de presente que está de acuerdo en la importancia estratégica de esta propuesta, ya que así como lo mencionó el Concesionario, la misma podría generar los siguientes beneficios a la comunidad y a los usuarios de la ciclorruta:

- *Incremento del uso de la bicicleta, ya sea por razones de tipo laboral o de recreación, lo cual se traduce en un aumento de indicadores relacionados con la salud del usuario de la vía.*
- *Impacto positivo en el turismo del sector de Gualanday, debido a la ampliación del número de turistas que harían uso de la ciclorruta y tendrían como punto de llegada esta área específica, aumentando las actividades comerciales, sin cambiar la vocación de este sector.*

- *Mejoramiento de indicadores de seguridad vial, al brindar seguridad al usuario, ya que el ciclista se desplazaría en una franja definida y sin poner el (sic) riesgo su vida como sucede actualmente, en donde el ciclista se desplaza por los mismos carriles donde se encuentra el tráfico automotor.*

- *Generación de un corredor continuo de ciclorruta desde la intersección ‘El Salado’ (Tramo 7) hasta el Parque Gualanday, la cual se ha convertido en un eje deportivo de disfrute de la población de Ibagué y municipios anexos, tal como se puede evidenciar en el amplio uso que se le da en la actualidad a la infraestructura construida en circuitos nocturnos y ciclovía en días feriados.*

“(…)

“V. CONCLUSIONES

“1. Esta Interventoría considera viable realizar la sustitución de la ciclorruta no ejecutada en el Tramo 6 la cual estaba establecida para construirse entre la intersección ‘Combeima’ y la intersección ‘El Rodeo’, por la propuesta de realizar las obras de una ciclorruta entre la intersección ‘Buenos Aires’ y el Parque de Gualanday con una longitud aproximada de siete punto cinco (7.5) kilómetros.

“2. De ser aprobada por la ANI la propuesta de sustitución presentada por el Concesionario, los Estudios y Diseños de Fase III tendrán que realizarse en un plazo no mayor a cuatro (4) meses y la entrega final de las obras tendrá que ser a más tardar en noviembre de 2019, junto con la entrega de la segunda calzada Gualanday. Así mismo, se deberá contar con dos (2) meses al finalizar la entrega de los Estudios y Diseños de Fase III para la correspondiente revisión y verificación de los mismos por parte de la Interventoría, para que sean aprobados finalmente por la ANI.

“3. Los recursos para ejecución de estas obras deben provenir de disponibilidades del mismo Contrato de Concesión No. 007 de 2007, sin lugar a adiciones futuras por este concepto o reclamación alguna por parte del Concesionario.

“4. Las fuentes de financiación de las obras son:

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

Valor Total ciclorruta pendiente por ejecutar proyectado a pesos de julio de 2018	\$1.814.100.390.oo
Valor Desplazamiento Inversión a \$ de julio de 2018	\$1.589.533.273.oo
Total a julio de 2018	\$3.403.633.662.oo

“Se aclara que el Opex del tramo 6 es indivisible e incluye las áreas aferentes a la vía como lo es el área de la ciclorruta, desde la entrega de las obras en 2011 a la fecha se han ejecutado las actividades de operación y mantenimiento en estas zonas por lo cual, esta actividad no se considera como no ejecutada y no hace porte de las fuentes de financiación. Así mismo, es importante precisar que el Concesionario en sus comunicaciones se compromete a ejecutar la operación y mantenimiento de la nueva ciclorruta una vez construida a su costo y riesgo.

“5. Los ejercicios financieros deberán ser actualizados, al momento de la suscripción del documento modificadorio contractual, teniendo en cuenta que los cálculos del valor Inversión ciclorruta y Desplazamiento de la Inversión, tienen factor de actualización al mes de julio de 2018.

“6. En el valor considerado en las fuentes de financiación se tiene incluido el valor de los siguientes productos o costos:

- Estudios y Diseños de Fase III.
- Construcción de las obras.
- Gestión predial y adquisición predial en caso de requerirse
- Gestión Social y Ambiental.

Los demás costos que se generen para la ejecución de esta sustitución y en caso de superar el valor de la suma de las fuentes de financiación serán asumidos única y exclusivamente por el Concesionario a su costo y riesgo.

“7. La sustitución del lugar de construcción de la ciclorruta, por ningún motivo constituye una adición al Contrato de Concesión No. 007 de 2007, ni modifica el objeto contractual.

“8. De acuerdo con el estudio realizado, la matriz de riesgos del Contrato de Concesión No. 007 de 2007, no se altera de ser aceptada la propuesta presentada por el Concesionario y en caso de activarse algún riesgo, estos serán asumidos única y exclusivamente por el Concesionario a su costo y riesgo.

“9. Esta Interventoría considera viable que la ANI y la Concesionaria San Rafael S.A. suscriban el documento modificadorio contractual, en el cual se establezca la realización de los Estudios y Diseños en Fase III y la ejecución de las obras del nuevo trazado de la ciclorruta ubicada entre la intersección ‘Buenos Aires’ y el Parque Gualanday.

“10. Teniendo en cuenta lo previsto en la Cláusula 26 del Contrato de Concesión No. 007 de 2007 (...) esta Interventoría considera que una vez haya sido suscrito por las Partes el respectivo documento modificadorio contractual, debe cesar lo disminución diaria que se le realizó al Concesionario (. . .) sin embargo se advierte que si por algún motivo no se lleva a cabo lo ejecución de los obras del nuevo trayecto de lo ciclorruta deberá reactivarse dicha disminución de acuerdo con los parámetros establecidos en el Contrato de Concesión No. 007 de 2007 (...).¹⁰⁷ (Subrayado y resaltado fuera del texto).

¹⁰⁷ Cfr. Considerando No. 19 del Otrosí No. 14 suscrito por las Partes el 7 de septiembre de 2018.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)**

Seguidamente, el Consorcio MAB, mediante comunicación CMAB-1-4 76-0148-18 con radicado ANI No 2018- 409-075571-2 de 27 de julio de 2017, complementó el concepto emitido en la comunicación CMAB-1-476-00144-18, con radicado ANI No.2018-409-074121-2 del 25 de julio de 2018, en los siguientes términos:

“(…) se emite alcance al concepto financiero de la solicitud del Concesionario de suscribir un documento para la sustitución de 3.4 km de ciclorruta que no se ejecutaron en el tramo 6, incluidos en el contrato adicional No. 1 por un tramo de ciclorruta de 7.5 km aproximados entre la intersección Buenos Aires y el Parque de Gualanday, así:

“1. La inversión (CAPEX) de MIL VEINTE MILLONES DE PESOS (\$1.020.000.000) no realizado por la no ejecución de tres punto cuatro (3.4) kms de ciclorruta incluidos en el alcance del contrato adicional No. 1, se calcularon (sic) con pesos a diciembre de 2004.

“2. El desplazamiento financiero de la inversión no ejecutada, se debe calcular como la diferencia entre la inversión no realizada (\$1.020.000.000,00) y el cálculo del valor futuro de ésta, desde el período comprendido entre la fecha en la que se tenía prevista la entrega de la infraestructura, esto es, el 22 de diciembre de 2011 y la fecha estimada de entrega de la nueva infraestructura que propondrá el Concesionario en la entrega de los Estudios y Diseños a Fase III, utilizando la tasa de descuento establecida en el Otrosí No. 6 de 10 de julio de 2013, es decir el 10.03% E.A. en términos reales. Para el cálculo del desplazamiento financiero anteriormente descrito se utilizará lo siguiente fórmula:

$$\text{DESPLAZAMIENTO DE INVERSIÓN} = (\text{VA} * (1 + i)^{(n)}) - (\text{VA})$$

“Dónde:

“VA=Valor Actual de la Inversión No Realizada expresada en Pesos de Diciembre de 2004, es decir (\$1.020.000.000,00)

“n=Número de meses transcurridos entre Fecha prevista para la entrega de la infraestructura (22 de diciembre de 2011) y la fecha estimada de entrega de la nueva infraestructura de acuerdo con los Estudios y Diseños a Fase III

i= Tasa de Interés de descuento establecida en el Otrosí No. 6 de 10 de julio de 2013, es decir el 10.03% E.A. en términos reales, equivalente a 0.7997% Efectivo Mensual. (...).¹⁰⁸

La Alcaldía de Coello, mediante comunicaciones con radicados ANI 2018-409-076584-2 del 30 de julio de 2018 y 2018-409-076871-2 del 31 de julio de 2018, realizó la siguiente solicitud a la Agencia:

“(…) En la comunidad de Gualanday reside gente humilde, trabajadora y emprendedora y ven como a partir de la construcción de la doble calzada su situación económica y social se ha deteriorado enormemente.

Como Alcalde Municipal no puedo ser ajeno a esta problemática y tengo la obligación de buscar una pronta solución a la misma y es por ello que le propongo modestamente en nombre de esta comunidad se estudie la posibilidad de construir e implementar una CICLO RUTA (sic) que una la capital del Tolima con el corregimiento de Gualanday. Lo

¹⁰⁸ Cfr. Considerando No. 20 del Otrosí No. 14 suscrito por las Partes el 7 de septiembre de 2018.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)**

anterior permitirá que haya una gran movilización de los habitantes de esos dos (2) sectores dinamizando tanto el comercio como la parte Turística y otra serie de beneficios que traería esta iniciativa para el bien de Gualanday. (...).¹⁰⁹ (Subrayado por fuera del texto original).

Finalmente, el Consorcio MAB, mediante la comunicación CMAB-1-476-156-18 con radicado ANI No 2018-409-077077-2 de 31 de julio de 2017, dio alcance a su concepto indicando lo siguiente:

“(...) es importante señalar que la comunidad de Gualanday, ha sido una comunidad conflictiva y muestra de ello es que en lo corrido del último año de ejecución ha propiciado dos paros a los obras, en octubre de 2017 por un plazo aproximado de veinte días y el último fue en mayo de 2018 por un plazo aproximado de diez días, por lo cual, se considera que la construcción de la ciclorruta en esta nueva localización además de las ventajas ya planteadas en nuestras comunicaciones previas, también contribuiría con mejorar la relación con esta comunidad. Así mismo, el tramo de ciclorruta pendiente por ejecutar según el alcance del contrato adicional No. 1, beneficiaría a la comunidad de la vereda Aparco del municipio de Ibagué, la cual está conformada por 298 habitantes. La nueva ciclorruta, beneficiaría entre otras a las comunidades de Buenos Aires (720 habitantes aprox), Inspección de Gualanday (2000 habitantes aprox) y Briceño (140 habitantes aprox), mejorando su movilidad hacia las zonas más próximas, que es uno de los temas que más les preocupa actualmente. Adicionalmente serviría para incentivar el turismo, una de las medidas de mitigación que se está desarrollando desde la Gobernación del Tolima, con el acompañamiento del Concesionario, para fortalecer la economía de Gualanday (...) Por lo anterior, reiteramos nuestra recomendación de suscribir un documento contractual para la sustitución de la obra no ejecutada (...).”¹¹⁰

De la propuesta y el análisis efectuado por el Concesionario contenido en las comunicaciones Nos. GIC-BG-2018-0956, radicado ANI 2018-409-071650 de 17 de julio de 2018 y GIC-BG-2018- 1013, radicado ANI 2018-409-073432-2 de 23 de julio de 2018 y avalado por la Interventoría del proyecto, mediante comunicaciones CMAB-1-476-00144-18, con Radicado ANI 2018-409-074121-2 del 25 de julio de 2018, CMAB-1-476-0148-18 con radicado ANI 2018-409-075571-2 de 27 de julio de 2017 y CMAB-1-476-156-18 con radicado ANI 2018-409-077077-2 de 31 de julio de 2017, se concluyó por parte de la Agencia que la sustitución de las obras faltantes de la Ciclorruta del Tramo 6 - Variante Picalaña por la elaboración de los estudios y diseños a nivel Fase III y la construcción de la Ciclorruta ubicada desde la Intersección Buenos Aires (PR6+000 Ruta 4004) hasta llegar al Alto de Gualanday adosada a la segunda calzada construida por la CONCESIONARIA SAN RAFAEL (Tramo 3), la cual bajaría a partir del Alto de Gualanday por la margen derecha de la Vía Ibagué - Girardot (Ruta 4004), aproximadamente hasta el Parque de Gualanday (PR13+500 Ruta 4004), como lo expresó la Interventoría del proyecto en la comunicación No. CMAB-1-476-00144-18 y con radicado ANI 2018-409-074121-2 del 25 de julio de 2018, generaría beneficios como el incremento del uso de la bicicleta y por ende de indicadores relacionados con la salud del usuario de la vía, un impacto positivo en el turismo del sector de Gualanday, mejoramiento de indicadores de seguridad vial y generación de un corredor continuo de ciclorruta desde la intersección "El Salado" (Tramo 7) hasta el Parque Gualanday.¹¹¹

¹⁰⁹ Cfr. Considerando No. 21 del Otrosí No. 14 suscrito por las Partes el 7 de septiembre de 2018.

¹¹⁰ Cfr. Considerando No. 22 del Otrosí No. 14 suscrito por las Partes el 7 de septiembre de 2018.

¹¹¹ Cfr. Considerando No. 23 del Otrosí No. 14 suscrito por las Partes el 7 de septiembre de 2018.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)**

4.8.7 Lo acordado entre las Partes en el Otrosí No. 14 del 7 de septiembre de 2018 para resolver la citada controversia.

De conformidad con las consideraciones anteriores, en el Otrosí No. 14 al Contrato de Concesión No. 007 de 2007, suscrito el siete (7) de septiembre de 2018, las Partes acordaron lo siguiente:

(1) Sustituir la obra enunciada en el numeral (i) de la Cláusula Segunda del Contrato Adicional No. 1 de 22 de agosto de 2008 al Contrato de Concesión 007 de 2007, consistente en la construcción de tres punto cuatro (3.4) kms. de la ciclorruta de 2.8 metros de ancho libre, paralela al trazado entre el PR 12+500 de la ruta 40 TLE y PR 11+000 de la ruta 40TLC del Tramo 6, por la elaboración de los Estudios y Diseños a Fase III y la construcción de la ciclorruta ubicada desde la Intersección Buenos Aires (PR6+000 Ruta 4004) hasta el Parque de Gualanday (PR13+500 Ruta 4004) con una longitud aproximada de siete punto cinco (7.5) kilómetros (Cláusula Primera).

(2) Elaborar los Estudios y Diseños a Fase III y la construcción de la ciclorruta ubicada desde la Intersección Buenos Aires (PR6+000 Ruta 4004) hasta llegar al Alto de Gualanday, adosada a la segunda calzada construida por Concesionaria San Rafael (Tramo 3), la cual a partir del Alto de Gualanday bajará por la margen derecha de la Vía Ibagué-Girardot (Ruta 4004), aproximadamente hasta el Parque de Gualanday (PR13+500 Ruta 4004), con una longitud aproximada de siete punto cinco (7.5) kilómetros, presentando como mínimo los siguientes entregables:

- a) Volumen 11 - Diseño Geométrico y Señalización
- b) Volumen IV - Geotecnia
- c) Volumen V - Pavimentos
- d) Volumen VI - Hidrología, Hidráulica y Socavación
- e) Volumen IX - Componente Ambiental, Predial y Social
- f) Volumen X - Cantidades de Obra y Presupuesto y Programación

El Concesionario construirá la ciclorruta prevista en este Otrosí, la cual se pagará con cargo a las fuentes de pago previstas en la Cláusula Sexta del citado Otrosí, una vez la Interventoría del proyecto haya revisado y no objetado los Estudios y Diseños a Fase III con las especificaciones respectivas. El Concesionario no podrá iniciar las obras sin haber entregado a la ANI el balance predial, el balance ambiental y los resultados de las socializaciones, información que deberá ser revisada y no objetada por la Interventoría del proyecto.

El Concesionario asumió a su costo y riesgo la operación y el mantenimiento de la nueva ciclorruta una vez construida hasta la finalización del Contrato de Concesión No. 007 de 2007, lo mismo que los costos que se llegaren a generar por actividades de protección y/o traslado de redes requeridas durante la construcción de la ciclorruta objeto del citado Otrosí.

El Concesionario se obligó a ejecutar las actividades de Estudios y Diseños Fase III definidas en la Cláusula Segunda del Otrosí No. 14, en un plazo de cuatro (4) meses,

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

contados a partir de la suscripción de ese documento, vencidos los cuales, la Interventoría tendría hasta dos (2) meses para su revisión y verificación. El Concesionario ejecutaría las actividades de construcción de la ciclorruta objeto de ese Otrosí en el plazo máximo establecido en el Otrosí No. 10 de 11 de noviembre de 2014, para la terminación de las obras de la Segunda Calzada de Gualanday, es decir a más tardar el 10 de noviembre de 2019 (Cláusula Tercera).

El valor de las actividades de Estudios y Diseños Fase III contratadas en ese Otrosí, de acuerdo con la propuesta presentada por el Concesionario mediante las comunicaciones Nos. GIC-BG-2018-0956, radicado ANI No. 2018-409-071650 de 17 de julio de 2018 y GIC-BG-2018-1013, radicado ANI No. 2018-409-073432-2 de 23 de julio de 2018, avaladas por la Interventoría mediante la comunicación CMAB-1-476-00144-18, con radicado ANI No.2018-409- 074121-2 del 25 de julio de 2018, sería de SETENTA Y CINCO MILLONES DE PESOS CTE (\$75.000.000} DE JULIO DE 2018 (\$/julio/2018). En todo caso, la sustitución objeto de ese Otrosí no constituyó un valor adicional al Contrato de Concesión No. 007 de 2007 y, por lo tanto, no modificó el Ingreso Esperado. A su vez, con independencia de los resultados que arrojará la elaboración de los Estudios y Diseños en Fase III, las Partes convinieron que la ejecución de la obra sustituta, después del ajuste del valor estimado, no podrá superar el valor total de la fuente de recursos disponibles, esto es, la suma de Mil Veinte Millones de Pesos (\$1.020.000.000,00) (\$/diciembre/2004) más el valor del desplazamiento financiero calculado según la metodología descrita en la Cláusula Quinta del citado Otrosí, luego de descontar del valor establecido para los Estudios y Diseños Fase III. En caso contrario el concesionario se obligó a asumir a su cuenta y riesgo la diferencia. Si el valor de las obras resulta inferior al monto de los recursos disponibles, el saldo deberá depositarse en la Subcuenta de Excedentes del patrimonio autónomo del proyecto dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la no objeción de los Estudios a nivel de detalle por parte de la Interventoría (Cláusula Cuarta).

Por su parte, el Concesionario se obligó a reconocer, a favor de la ANI, el valor del desplazamiento de la inversión generado por la no ejecución de tres punto cuatro (3.4) kms de la obra enunciada en el numeral (i) de la Cláusula Segunda del Contrato Adicional No. 1 de 22 de agosto de 2008, consistente en la construcción de una ciclorruta de 2.8 metros de ancho libre, paralela al trazado entre el PR 12+500 de la ruta 40 TLE y PR 11 +000 de la ruta 40TLC del Tramo 6, calculada conforme a la metodología prevista en la Cláusula Sexta del citado Otrosí y que será utilizada como una de las fuentes de pago de las actividades allí contratadas (Cláusula Quinta).

Así, entonces, las actividades contratadas en ese Otrosí se pagarán con cargo a las siguientes fuentes:

Mil Veinte Millones de Pesos (\$1.020.000.000,00) de Pesos de diciembre 2004 correspondientes a la inversión (CAPEX) no realizada por la no ejecución de tres punto cuatro (3.4) kms de la obra enunciada en el numeral (i) de la Cláusula Segunda del Contrato Adicional No. 1 de 22 de agosto de 2008, consistente en la construcción de una ciclorruta de 2.8 metros de ancho libre paralela al trazado entre el PR 12+500 de la ruta 40 TLE y PR 11+000 de la ruta 40TLC del Tramo 6 más el valor del desplazamiento financiero calculado según la siguiente metodología:

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)**

$$\text{DESPLAZAMIENTO DE INVERSIÓN} = (\text{VA} * (1 + i)^{(n)}) - (\text{VA})$$

Dónde:

VA=Valor Actual de la Inversión No Realizada expresada en Pesos de Diciembre de 2004, es decir (\$1.020.000.000,00)

n=Número de meses transcurridos entre Fecha prevista para la entrega de la infraestructura (22 de diciembre de 2011) y la fecha estimada de entrega de la nueva infraestructura de acuerdo con los Estudios y Diseños a Fase 111

i=Tasa de Interés de descuento establecida en el Otrosí No. 6 de 10 de julio de 2013, es decir el 10.03% E.A. en términos reales, equivalente a 0.7997% Efectivo Mensual.

Si el Concesionario llegara a entregar la infraestructura acordada en el citado Otrosí, con posterioridad a "La fecha estimada de entrega de la nueva infraestructura de acuerdo con los Estudios y Diseños a Fase II", se hace necesario revisar el cálculo con el fin de obtener el valor real por concepto de desplazamiento de la inversión.

Las actividades contratadas en ese Otrosí se pagarán con cargo a las fuentes definidas en la Cláusula Sexta de ese Otrosí de la siguiente manera: a) Estudios y diseños: el valor se entenderá pagado al concesionario una vez se cuente con la no objeción de los estudios y diseños por parte de la Interventoría del proyecto; y, b) Construcción de la ciclorruta: se entenderá pagado una vez se suscriba el acta de recibo de las obras y/o actividades objeto del citado Otrosí (Cláusula Séptima)

Como consecuencia de todo lo anteriormente acordado y en atención a que a la fecha de suscripción del Otrosí No. 14, esto es, el 7 de septiembre de 2018, la ANI había ordenado efectuar una disminución en la remuneración de la Concesionaria San Rafael S.A. por valor de \$527.335.200, en la Cláusula Octava del Otrosí No. 14 del 7 de septiembre de 2018, las Partes acordaron la cesación de la disminución en la remuneración en los siguientes términos:

“CLÁUSULA OCTAVA. CESACIÓN DE LA DISMINUCIÓN EN LA REMUNERACIÓN: a partir de la suscripción del presente otrosí, LA AGENCIA, con base en la sustitución de la obra que se hace por medio de este documento y la comunicación CMAB-1-476-00144-18, con radicado ANI No.2018-409-074121-2 del 25 de julio de 2018 de la Interventoría del proyecto, se obliga a ordenar a la Fiduciaria Colpatria S.A. la cesación de la Disminución en la remuneración del Concesionario, aplicada por la no terminación de las obras de construcción de la Ciclorruta del Tramo 6 - Variante Picalaña entre los PR12+500 de la ruta 40 TLE y PR11 +000 de la ruta 40TLC (Intersección El Rodeo e Intersección Combeima) dentro del plazo previsto en el numeral 7.3 de la Cláusula Séptima del Contrato de Concesión No. 007 de 2007, modificada por la Cláusula Sexta del Contrato Adicional No. 1 de 22 de agosto de 2008, según consta en el oficio de la Interventoría No. C.1082/GC3623/17 /5.2, radicado ANI No. 2017-409-032430-2 de 28 de marzo de 2017, conservando en todo caso las facultades conferidas por la Cláusula 26 del Contrato de Concesión No. 007 de 2007.

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

“PARÁGRAFO PRIMERO: Las disposiciones contenidas en este Otrosí no tienen efecto retroactivo ni retrospectivo, por lo tanto, los recursos que hasta el momento de la suscripción del otrosí se hayan disminuido de la remuneración del Concesionario conforme al procedimiento previsto en la Cláusula 26 del Contrato de Concesión No. 007 de 2007, acrecerán a la Subcuenta de Excedentes del fideicomiso. Como consecuencia de lo anterior, EL CONCESIONARIO se compromete a mantener a LA AGENCIA libre de cualquier reclamación por este concepto.

“PARÁGRAFO SEGUNDO: En caso de que no se ejecute la obra objeto de este otrosí en los términos aquí pactados, LA AGENCIA podrá iniciar nuevamente un procedimiento de Disminución en la remuneración del Concesionario en los términos de la Cláusula 26 del Contrato de Concesión No. 007 de 2007.”

Téngase en cuenta aquí de nuevo lo dicho por el Interventor según quedó registrado en el considerando 19 del mismo Otrosí No. 14, a manera de presupuesto contractual, esto es, que **“Teniendo en cuenta lo previsto en la Cláusula 26 del Contrato de Concesión No. 007 de 2007 (...) esta Interventoría considera que una vez haya sido suscrito por las Partes el respectivo documento modificadorio contractual, debe cesar lo disminución diaria que se le realizó al Concesionario (...) sin embargo se advierte que si por algún motivo no se lleva a cabo lo ejecución de los obras del nuevo trayecto de lo ciclorruta deberá reactivarse dicha disminución de acuerdo con los parámetros establecidos en el Contrato de Concesión No. 007 de 2007 (...).”**¹¹² (Subrayado y resaltado fuera del texto).

Ello significa que las mismas Partes acordaron con esta fórmula resolver la controversia relacionada con la disminución de la remuneración que tuvo por causa el incumplimiento de la obligación de construir oportunamente y en su integridad la cicloruta prevista en el Adicional No. 1, según los términos atrás descritos, lo cual se resume en los siguientes tres grandes acuerdos:

Sustituir las obras faltantes de la cicloruta del citado alcance adicional por otras ahora previstas en el Otrosí No. 14, cuya justificación y alcance fue claramente señalado en los antecedentes anteriores y respecto de las cuales se pactó una forma de remuneración e inclusive se reconoció el valor resultante del desplazamiento de la inversión, lo cual significa que la obligación relacionada con la obra faltante de la cicloruta inicial dejó de existir pues fue sustituida o reemplazada por la obligación de construir una obra nueva en los términos del acuerdo suscrito en dicho Otrosí.

Si tal obligación dejó de existir, así mismo debía, como se hizo, acordarse la cesación de la disminución de la remuneración por el incumplimiento de dicha obligación, dejando a salvo la disminución ya practicada y mientras subsistió tal incumplimiento hasta la fecha del acuerdo contenido en el Otrosí No. 14 y por ello, el pacto en virtud del cual la ANI se obligó a ordenar a la Fiduciaria Colpatria S.A. la cesación de la Disminución en la remuneración del Concesionario, ya aplicada por la no terminación de las obras de construcción de la Ciclorruta del Tramo 6 - Variante Picaleña entre los PR12+500 de la ruta 40 TLE y PR11 +000 de la ruta 40TLC (Intersección El Rodeo e Intersección Combeima) dentro del plazo previsto en el numeral 7.3 de la Cláusula Séptima del Contrato de Concesión No. 007 de 2007, modificada por la Cláusula Sexta del Contrato Adicional No. 1 de 22 de agosto de

¹¹² Cfr. Considerando No. 19 del Otrosí No. 14 suscrito por las Partes el 7 de septiembre de 2018.

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

2008, por una parte y, por la otra, el pacto conforme al cual las disposiciones contenidas en dicho Otrosí no tienen efecto retroactivo ni retrospectivo, razón por la cual, los recursos que hasta el momento de la suscripción del Otrosí No. 14 ya habían disminuido la remuneración del Concesionario conforme al procedimiento previsto en la Cláusula 26 del Contrato de Concesión No. 007 de 2007, ya no retornarían al Concesionario sino que acrecerán a la Subcuenta de Excedentes del fideicomiso.

Ello también implica que por virtud de dicho pacto, salvo la disminución de la remuneración descontada ya aplicada por la no terminación de las obras de construcción de la Ciclorruta del Tramo 6, no podría hacerse o aplicarse ninguna otra disminución, así fuere para corregir la ya aplicada, porque precisamente en eso consistió el acuerdo: sustituir la obra incumplida por otra y cesar la disminución de la remuneración por cuanto ahora tal obra y, de contera, tal obligación respecto de la obra inicial, dejó de existir. Aceptar que podría admitirse más disminuciones así fuera para corregir lo que dejó de aplicar la Fiduciaria, si es que incurrió en alguna equivocación, sería tanto como permitir más disminuciones por el incumplimiento de una obligación que dejó de existir al reemplazar la obra que la generó por otra y en tal caso tendría efecto retroactivo o retrospectivo que fue proscrito por el acuerdo de voluntades. Si en gracia de discusión se admitiera que hubo un mayor descuento para el Concesionario, no puede admitirse tampoco que éste tendría legitimación para reclamar su devolución porque en el acuerdo se determinó que lo descontado acrecería la Subcuenta de Excedentes del Fideicomiso. Es un acuerdo bilateral con las consecuencias que resultan para cada una de las Partes, independientemente de los errores u omisiones en que las mismas hubieren incurrido directa o indirectamente antes, al hacer las disminuciones con anterioridad al Otrosí No. 14. Por lo tanto, cualquier descuento ordenado o practicado con fecha posterior debe ser revocado y ajustado, respectivamente.

Por lo demás, tal acuerdo no implicó una modificación al esquema de asignación de riesgos del alcance básico Contrato de Concesión No. 007 de 2007, ni sus modificatorios. En particular, para el alcance de las actividades objeto de esa modificación se acordó que estarán a cargo del Concesionario los riesgos por sobre costos de: gestión y adquisición predial, actividades de protección y/o traslado de redes, gestión social, gestión ambiental y compensaciones socioambientales. Por lo anterior, en virtud del citado Otrosí la ANI no asumió nuevas obligaciones contingentes.

Finalmente, el Concesionario se comprometió a mantener a la ANI libre de cualquier daño o perjuicio originado en reclamaciones de terceros y no de las mismas Partes, y que se deriven de sus actuaciones, de las de sus subcontratistas o dependientes o del citado Otrosí, en los términos de la normatividad entonces vigente.

Así, entonces, las Partes pactaron cesar la disminución en la remuneración de la CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A. a partir de la fecha de suscripción del Otrosí No. 14 al Contrato de Concesión No. 007 de 2007, es decir, a partir del 7 de septiembre de 2018, como consecuencia de lo cual, una vez suscrito el citado Otrosí, la Agencia Nacional de Infraestructura no podía ordenar disminuir suma adicional alguna de la remuneración de la Concesionaria San Rafael S.A. y no podía ordenar nuevas y/o adicionales disminuciones en la remuneración de la CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A. Sin embargo, la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA instruyó a la Fiduciaria Colpatria S.A. para que

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)**

efectuara la disminución en la remuneración de la Concesionaria San Rafael S.A. en cuantía de \$2.830.049.145 dispuesta con posterioridad a la suscripción del Otrosí No. 14 al Contrato de Concesión No. 007 de 2007.

Por lo tanto, **al declarar la prosperidad de las pretensiones de este grupo analizadas**, el Tribunal le ordenará a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA revocar la instrucción impartida a la Fiduciaria Colpatria S.A. dirigida a efectuar la disminución en la remuneración de la CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A. en cuantía de \$2.830.049.145 dispuesta con posterioridad a la suscripción del Otrosí No. 14 al Contrato de Concesión No. 007 de 2007.

4.9 LAS PRETENSIONES del Grupo “VI.9 CONCERNIENTES AL MANEJO DE LOS RECURSOS DE LA SUBCUENTA DE PREDIOS”

Finalmente, bajo el capítulo VI. 9, la Convocante solicita:

“VI.9 PRETENSIONES CONCERNIENTES AL MANEJO DE LOS RECURSOS DE LA SUBCUENTA DE PREDIOS

PRIMERA: Se declare que el Contrato de Concesión No. 007 de 2007 en el numeral 1.36 de la Cláusula 1 define y concreta en qué consiste la Gestión Predial

SEGUNDA: Se declare que el Contrato de Concesión No. 007 de 2007 en la Cláusula 34 regula y describe en qué consiste el esquema de adquisición de Predios.

TERCERA: Se declare que el Contrato de Concesión No. 007 de 2007 en el numeral 1.88 de la Cláusula 1 define que ha de entenderse por Subcuenta de Predios y además determina qué recursos deben ser depositados en ésta y cuáles gastos deben ser atendidos con cargo a dichos recursos.

CUARTA: Se declare que la Agencia Nacional de Infraestructura y San Rafael S.A. suscribieron el día 24 de abril de 2008 la Modificación No. 1 al Contrato de Concesión No. 007 de 2007 mediante la cual modificaron y complementaron la Gestión de adquisición de predios regulado en la Cláusula 34.

QUINTA: Se declare que de conformidad con lo dispuesto en las Cláusulas 1 [Num.1.36 y 1.88] y 34 del Contrato de Concesión No. 007 de 2007 los recursos depositados en la Subcuenta Predios están destinados a cubrir y pagar todas las actividades y costos asociados a la Gestión Predial conforme a lo definido en la Cláusula 34 del Contrato de Concesión N0.007 de 2007 y en la Modificación No. 1 de 24 de abril de 2008.

SEXTA: Se declare que la totalidad de los recursos girados desde la Subcuenta de Predios del Fideicomiso FC San Rafael fueron invertidos por la Concesionaria San Rafael S.A. en las actividades inherentes a la Gestión Predial que hubo de adelantar para adquirir los predios necesarios para la ejecución del Proyecto según las previsiones de los numerales 1.36 y 1.88 de la Cláusula 1 del Contrato, así como de conformidad con las regulaciones vertidas en la Cláusula 34 ibidem y en la Modificación No. 1 de 24 de abril de 2008.

SÉPTIMA: Se declare que de conformidad con lo dispuesto en la Cláusula 34 del Contrato de Concesión, así como en la Modificación No. 1 del 24 de abril de 2008, la Agencia Nacional de Infraestructura estaba y está obligada a adelantar permanentemente el control y vigilancia de todas las actividades desarrolladas por la

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)**

Concesionaria San Rafael S.A. en cumplimiento de la Gestión Predial, incluida la correspondiente al uso, manejo y destino de los recursos depositados en la Subcuenta de Predios del Fideicomiso FC San Rafael.

OCTAVA: Se declare que la Agencia Nacional de Infraestructura durante el tiempo transcurrido entre los años 2008 y 2017 estuvo conforme con el uso y manejo que la Concesionaria San Rafael S.A. dio a los recursos depositados en la Subcuenta de Predios del Fideicomiso FC San Rafael en la medida que ninguna glosa hizo sobre ello.

NOVENA: Se declare que la Interventoría en ejecución de su Contrato y actuando en nombre de la ANI, solo hasta el 15 de marzo de 2017 manifestó inconformidad con el manejo, uso y destino dado a los recursos depositados en la Subcuenta de Predios del Patrimonio Autónomo FC San Rafael reclamando la devolución de \$4.297.917.953,60 pesos según aparece consignado en la comunicación C.1082/GC3598/17/7.2.2

DÉCIMA: Se declare que la Interventoría en ejecución de su Contrato y actuando en nombre de la ANI, el 11 de marzo de 2019 nuevamente manifestó inconformidad con el manejo, uso y destino dado a los recursos depositados en la Subcuenta de Predios del Patrimonio Autónomo FC San Rafael reclamando la devolución de \$5.488.470.833,04 pesos según aparece consignado en la comunicación CMAB-1-476-0166-19.

DÉCIMA PRIMERA: Que como consecuencia de la prosperidad de las Pretensiones anteriores se declare que la Concesionaria San Rafael S.A. no está obligada a devolver los recursos reclamados por la ANI a través de las firmas interventoras Consorcio Interconcesiones y Consorcio MAB”.

El Tribunal a continuación, antes de entra a analizar estas Pretensiones y a establecer las bases de la decisión. ha considerado importante referirse a las posiciones de las Partes.

4.9.1 La posición de la Convocante.

Analizadas en su conjunto estas Pretensiones el Tribunal encuentra que la Convocante espera que el Tribunal decida las diferencias, de distinta índole, relativas al Manejo de la Subcuenta Fiduciaria - “Subcuenta Predios”-. Para el efecto incorpora:

- A. Pretensiones declarativas, relacionadas con el contenido y alcance de las Cláusulas contractuales e igualmente, sobre el cumplimiento de las obligaciones que, tanto la Convocante, como la ANI y la Interventoría, deben ejecutar en relación con el Manejo de la Subcuenta “Subcuenta Predios”.
- B. Como consecuencia de lo anterior, espera que el Tribunal declare que no está obligada a devolver al Patrimonio Autónomo los recursos reclamados por la ANI a través de las firmas interventoras Consorcio Interconcesiones y Consorcio CMAB.

Como ya se señaló la Convocante, en el Capítulo VII.11 “HECHOS RELATIVOS AL MANEJO DE LOS RECURSOS DE LA SUBCUENTA DE PREDIOS” (págs. 55- 60) consignó los fundamentos de hecho (Hechos 156 a 180) que soportan las pretensiones relativas al citado Manejo de la “Subcuenta Predios”, a ellos remite el Tribunal. Sin embargo, en aras de claridad, se destacan los siguientes argumentos:

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

- i) El contrato se refiere y define la Gestión Predial y la Subcuenta Predios en las cláusulas 1ª, numerales 1.36 y 1.88, en la 34, que regula el tema de adquisición de Predios. De esas cláusulas se desprende que los rubros y/o actividades que deben ser cubiertos con recursos de la Subcuenta de Predios son los siguientes:
- Adquisición de Predios y/o mejoras
 - Las compensaciones previstas en la Resolución 609 de 2005
 - Indemnizaciones a los titulares de derechos sobre predios expropiados
 - Costos y gastos derivados de la imposición de servidumbres sobre los predios
 - Los costos de los honorarios de los profesionales directa o indirectamente encargados de la gestión y adquisición predial a cualquier título, así como de los profesionales contratados por el Concesionario para adelantar los procesos de expropiación de predios
 - Costos de saneamiento del corredor vial.
- ii) La aplicación de esas cláusulas generó dificultades operativas, cuestión que llevó a las Partes a “*delegar plenamente la gestión predial en cabeza de “La Concesionaria”* en el Modificadorio No 1 de 24 de abril de 2008, contrato en el que adicionaron las obligaciones contenidas en la referida cláusula 34 en materia de adquisición predial y que debe interpretarse de manera integral y armónica con las demás disposiciones citadas.
- iii) Desde la suscripción del Contrato y hasta el año 2017, la Concesionaria adquirió los predios necesarios para la ejecución del Proyecto, sin recibir glosa alguna respecto del uso y manejo dado a los recursos depositados en la Subcuenta Predios.
- iv) Nueve años después de haber concluido la adquisición de los predios, esto es, el 15 de marzo de 2017, la Interventoría presentó, por primera vez, glosas sobre el manejo y destino dado a los recursos depositados en la Subcuenta Predios¹¹³. Posteriormente, el 31 de marzo de 2017, fijó un plazo de 45 días para adelantar la revisión de la información requerida en el oficio antes referido¹¹⁴. La concesionaria respondió el primer oficio, el 21 de marzo de 2017¹¹⁵ y el segundo, el 11 de mayo de 2017¹¹⁶.
- v) El 8 de marzo de 2019 la nueva Interventoría, con fundamento en la auditoría financiero – predial realizada sobre la subcuenta predial del alcance básico, solicitó a la Concesionaria el reintegro de la suma \$5.488.470.833,04¹¹⁷. La Concesionaria se opuso

¹¹³ Comunicación de la Interventoría a la Concesionaria. C.1082/GC3598/17/7.2. aportada con la Demanda Reformada (Prueba 108).

¹¹⁴ Comunicación C.1082/GC 3639/17/7.2.2 del 31 de marzo de 2017, aportada con la Demanda Reformada (Prueba 110).

¹¹⁵ Comunicación GIC- BG-2017-0402 aportada con la Demanda Reformada (Prueba 109). La Concesionaria señaló a la Interventoría: “Teniendo en cuenta que el volumen de la información a verificar es considerable y que la revisión deberá hacerse desde el año 2008 hasta la fecha, agradecemos su comprensión en permitirnos tomar un tiempo prudente para presentar el respectivo análisis y aclarar a ustedes la información enviada por la Fiduciaria Colpatria. En la medida que se vayan contando con los soportes revisados, se irán remitiendo para su verificación.”

¹¹⁶ Oficio GIC- BG-2017-0677 aportada con la Demanda Reformada (Prueba 111).

¹¹⁷ Comunicación CMAB-1-476-0166-19 a portada con la Demanda Reformada (Prueba 112). SR SEÑALÓ: “Al respecto, es preciso manifestar que las diferencias conceptuales sobre el uso y manejo de los recursos de la Subcuenta Predial entre la Interventoría y el Concesionario persisten, toda vez que, las posiciones por ellas

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

a lo anterior¹¹⁸ y anunció que pondría a consideración de un Panel Arbitral la solución de esa y otras controversias.

4.9.2 La oposición de la ANI.

La ANI por su parte, se opuso a las pretensiones, formuló la excepción de incumplimiento grave por parte de la Concesionaria *“en lo relativo al adecuado manejo y administración de la Subcuenta De Predios, por lo que debe reintegrar a dicha subcuenta los recursos que la ANI le ha conminado reiteradamente a devolver”* y solicitó denegar las pretensiones, con base en los argumentos y expuestos en su contestación (hechos 156 a 180 del acápite VII. 11) y en sus alegatos de conclusión, dentro de los que se destacan los siguientes:

- i) El numeral 1.36 únicamente *“plasma de manera general”* el concepto de gestión predial, todos los demás aspectos relativos a esta gestión se describen en la cláusula 34, en el modificadorio No 1 del 24 de abril de 2008 y en el Anexo 17 del mismo Contrato. Lo relacionado con el manejo de los recursos públicos de la Subcuenta de Predios obra en el numeral 1.88 del Contrato. Todas estas Cláusulas deben ser interpretadas en su integridad para determinar el alcance de la gestión predial y el manejo de los recursos públicos relativos a la subcuenta Predial.
- ii) En las Auditorías realizadas a la Subcuenta Predios, en los documentos recaudados en el plenario y en los testimonios rendidos¹¹⁹, se ha identificado que el Concesionario ha venido invirtiendo recursos de dicha Subcuenta en actividades diferentes a las establecidas contractualmente.
- iii) Es correcto lo que afirma la Concesionaria, en relación con los rubros y costos que deben ser cubiertos con recursos de la Subcuenta Predial, sin embargo se precisa que si bien *“los costos de los honorarios de los profesionales directa o indirectamente encargados de la gestión y adquisición predial a cualquier título”* y *“de los profesionales contratados por el Concesionario para adelantar los procesos de expropiación de predios”*, se encuentran dentro de los pagos autorizados a cancelar con los recursos de la Subcuenta de Predios, el Concesionario interpreta a su acomodo este rubro y viene realizando el pago de gastos generales y administrativos bajo el argumento de que se trata de gastos que se relacionan directa o indirectamente con la gestión predial¹²⁰. La Interventoría se aparta de la anterior interpretación en tanto considera que el concepto de *“salario u honorario”* a que alude el contrato, se relaciona con *“el dinero que una persona le corresponde por el trabajo realizado”* y los gastos que la Concesionaria incluye, no guardan relación con este concepto.¹²¹

exhibidas son opuestas e irreconciliables; entonces, desde ahora, anunciamos que en la demanda arbitral que próximamente será radicada ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, se incluirá, entre otros, éste asunto litigioso a efectos de que el Panel que se conforme lo resuelva.

¹¹⁸ Comunicación GIC-IB-2019-0547118 de 8 de mayo de 2019 (Prueba 113).

¹¹⁹ Se refiere a testimonios de NELSON SUANCA, DANIEL A. TOVAR y DIANA GUTIÉRREZ.

¹²⁰ Comunicación GIC-BG-2017-0677 del 11 de mayo de 2017 aportada con la demanda reformada (Prueba 111).

¹²¹ Ver Informe de Interventoría CMAB-1-476-0166-19 (Rad ANI 2019-409-024540-2) aportada con la demanda reformada. (Prueba 112).

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)**

- iv) Según la Interventoría, la interpretación que efectúa la Concesionaria ocasionó el aumento de los gastos administrativos y gastos generales cancelados con los recursos públicos de la Subcuenta Predial, por tal razón se le solicitó a la Concesionaria presentar aclaraciones y efectuar el reintegro de aquellos que se consideran improcedentes. Los gastos injustificados, se concretan entre otros en: Actas de obra, alojamiento, alquiler de vehículos, asesorías en estudios, auditoria y organización de carpetas, caja menor sin discriminar, gestión predial, impuestos, mantenimiento, multas, nómina y honorarios, exámenes médicos, servicios públicos (agua y energía), topografía, transporte aéreo y terrestre y gastos de papelería.
- v) La “delegación” que se efectuó en el contrato, no tiene el alcance que pretende darle la Concesionaria, pues ninguna “delegación” implica un traslado de funciones indiscriminada y absoluta. El Concesionario tenía delegada la gestión predial desde la suscripción del Contrato de Concesión No 007 de 2017, del cual hace parte el Anexo 17 y, la misma fue reglada en el Contrato, en concreto en la Cláusula 34, en el Anexo 17 y en el Modificadorio N° 1, documentos en los que se establecen claramente las bases de la referida delegación, y las reglas para el manejo de la Subcuenta Predial.
- vi) Las distintas Interventorías y la ANI, han realizado diferentes requerimientos a la Concesionaria en distintas etapas de la vigencia del Contrato¹²² respecto de la información que debe remitir a la fiduciaria (información financiera y predial), las aclaraciones que debe suministrar¹²³ y los reintegros que debe efectuar¹²⁴ y que no ha efectuado¹²⁵. También hicieron distintos llamados para que se abstenga de utilizar esta Subcuenta i) “para financiarse como una especie de caja menor”, ii) para sufragar obras y para adquirir predios inclusive para contratos diferentes, como lo son los predios de la Segunda calzada (Otrosí No. 10 y 11) y el Puente Cajamarca (Contrato Adicional No. 2) en los que se establecieron recursos diferentes para la adquisición predial y, iii) para sufragar *los gastos administrativos de la Concesionaria* que no están relacionados con el proceso de gestión y adquisición predial o autorizados contractualmente.

¹²² Ver listado de comunicaciones enunciados en la respuesta al hecho 163 de la contestación de la demanda

¹²³ Comunicación C1082/GC3598/17/7.2.2 del 15 de marzo de 2017 aportado con la demanda reformada (Prueba No. 108) y C.1082/GC3639/17/7.2.2 del 21 de marzo de 2017 (Prueba No. 219).

¹²⁴ Ver oficios de la Interventoría aportados con la Contestación a la Demanda Reformada: CMAB-476- 0105-19 -Radicado ANI 2019409-024618-2- (prueba 232); CMAB-476- 0106-19 -Radicado ANI 2019-409-02627-2- (Prueba 233); CMAB-476- 0020-20 -Radicado ANI 2020-409-001758-2. (Prueba 258); CMAB-476- 049-20- Radicado ANI 2020-409-04146-2. (Prueba 259); CMAB-476- 0160-2020 -Radicado ANI 2020-409-018748-2- (Prueba 261); CMAB-476- 0162-20 -Radicado ANI 2020-409-015656-2 024-2(Prueba 261); CMAB-476- 0188-20 (Radicado ANI 2020-409-018168-2-(Prueba 263) y de la ANI Nos. 2013-306-008866-1 del 13 de junio de 2013 y ANI 2013-306-008867-1 del 13 de junio de 2013 – Solicitud reintegro recursos (Pruebas 288 y 288A)

¹²⁵ Ver documento aportado con la Contestación a la Demanda Reformada: i) documento de la Interventoría C.1082/GC1367/14/7.4.1 del 15 de mayo de 2014 de Consorcio Interconcesiones (Prueba 210) y , ii) Oficios ANI 2014-604-010393-1 del 4 de junio de 2.014 (Prueba 289); ANI 2014-604-017298-1 del 11 de septiembre de 2.014- Solicitud Reintegro Recursos (Prueba 290); ANI 2015-604-000944-1 del 16 de enero de 2.015- Adquisición de predios – Reintegro Recursos (Prueba 290 A) y ANI 2015- 604-002869- 1 del 12 de febrero de 2.015-Adquisición de predios – Reintegro Recursos (Prueba 291).

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)**

- vii) No es cierto que las comunicaciones de la Interventoría fueron emitidas después de concluida la adquisición predial. Para el concesionario la adquisición culminó en 2008, cuando la realidad es que no se ha terminado. Debe diferenciarse entre la gestión predial y el registro de pagos de dicha gestión predial, actividad esta última que no ha concluido debido a demoras en la remisión de la información financiera de la fiducia¹²⁶.
- viii) En los comités fiduciarios realizados mensualmente durante los años 2018 y 2019 con la participación de los Accionistas de la Concesión, Concesionario, ANI, Interventoría y Fiduciaria, la Concesionaria se comprometió a reintegrar los recursos cargados erradamente en la Subcuenta Predial, requerimientos que hasta la fecha continúan pendientes de atención. Lo anterior consta en actas de comité Nos 124 a 135 de enero a diciembre de 2018, especialmente la No 129 del 30 de julio de 2018, y Actas Nos 135 a 147 de enero a diciembre de 2019¹²⁷.
- ix) El mismo concesionario ha aceptado un uso indebido de la Subcuenta de predios¹²⁸ para la adquisición de predios de la segunda calzada (Otrosí No. 10) y puente de Cajamarca (Contrato adicional No. 2)¹²⁹ y, prueba de ello es que ha aceptado reintegrar valores de la Subcuenta Predial, solicitando plazo para ello¹³⁰.
- x) La ANI en ningún momento ha emitido conformidad sobre el manejo de las subcuentas, por el contrario, siempre ha sostenido que los recursos de la Subcuenta tienen destinación específica. Adicionalmente precisa, que no es cierto lo que afirma la Concesionaria respecto de la forma en que se han ejercido las labores de vigilancia y control. Estas se ejercieron también de manera permanente, desde 2013 y 2015¹³¹.
- xi) A la fecha el Concesionario continúa utilizando los recursos públicos de la Subcuenta Predios para actividades no autorizadas y no relacionadas con la gestión predial y para el pago de predios no relacionados con esta Subcuenta.
- xii) De acuerdo con los resultados que arrojó la auditoría realizada por la nueva Interventoría el 8 de marzo de 2019, la suma que debe reintegrar la Concesionaria asciende a la suma de \$5.488.470.833.04, por concepto de rubros administrativos

¹²⁶ Ver comunicación GIC-2016-02284 del 15 de diciembre de 2016 (Prueba 196 de la Contestación de la demanda).

¹²⁷ Actas aportadas con la contestación a la reforma de la demanda (Pruebas 264 a 287).

¹²⁸ Comunicaciones aportadas con la Contestación a la Demanda Reformada: GIC-BG-2019-1318-del 17 de septiembre de 2019 (Prueba 201).

¹²⁹ Ver comunicaciones aportadas con la Contestación a la Demanda reformada GIC-IB-2018-0665 del 14 de septiembre de 2018 (Prueba 199) GIC-IB-2018-0939 del 29-nov-2018 (Prueba 199 A); GIC -BG-2019-1318- del 17 de septiembre de 2019 (Prueba 201); y GIC-BG-2019-1700 del 13-dic-2019 (Prueba 201 A).

¹³⁰ Ver comunicaciones aportadas con la Contestación a la Demanda GIC-BG-2019-0546 (Prueba 199B); GIC-BG-2019-0547 (Prueba 200) GIC-BG-2019-1028 (Prueba 200A) y GIC-BG-2019-1700 (Prueba 201A).

¹³¹ Ver comunicaciones aportadas con la Contestación a la Demanda ANI-2013-306-008866-1 del 13 de junio de 2013 (prueba 288); ANI-2013-306-008867-1 del 13 de junio de 2013 (Prueba 288A); ANI-2014-604-010393-1 del 4 de junio de 2014 (Prueba 289); ANI-2014-604-17298 del 11 de septiembre de 2014 (prueba 290); ANI-2015-604-000944-1 del 16 de enero de 2015 (prueba 290A); ANI-2015-604-002869-1 del 12 de febrero de 2015 (prueba 291).

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

que no tienen nada que ver con la naturaleza de los gastos asignados a la Subcuenta Predial¹³²

- xiii) Está demostrado que la Concesionaria no ha dado buen manejo de los recursos de esta subcuenta y no ha atendido los requerimientos que le ha realizado la Interventoría en múltiples comunicaciones y el mismo Comité Fiduciario
- xiv) La causa eficiente de la indebida ejecución de los recursos de la Subcuenta Predial, no es la supuesta ausencia de glosas entre los años 2008 a 2017, sino el reiterado y permanente abuso de la Concesionaria en la destinación de los recursos públicos de la Subcuenta Predial, pues pese a conocer las restricciones de uso de los recursos públicos de esta Subcuenta y a los insistentes reclamos para que no continúe disponiendo de estos recursos en aquellos gastos que están expresamente prohibidos o que no están autorizados, ha utilizado y continúa utilizando dichos recursos de manera consciente y reiterada, para financiar el cumplimiento de sus obligaciones y para pagar **más de cuarenta (40) ítems de actividades** que no se encuentran contempladas como un gasto posible de ser asumido desde la Subcuenta Predial.

4.9.3. El Concepto del Ministerio Público.

El Ministerio Público en el concepto remitido afirmó:

1. Las cinco primeras pretensiones planteadas en la demanda van encaminadas a que se declare cuáles cláusulas del Contrato y sus modificatorios definen la gestión predial del Proyecto. Las pretensiones subsiguientes lo que pretenden es que el Tribunal declare que la totalidad de los recursos girados desde la Subcuenta de Predios *“fueron invertidos por la Concesionaria en las actividades inherentes a la Gestión Predial para la ejecución del Proyecto”* y que la Concesionaria no está *“obligada a devolver”* los recursos reclamados por la ANI a través de las firmas interventoras.
2. Las peticiones carecen de cualquier respaldo legal y probatorio. Lo anterior si se tiene en cuenta que al plenario fue allegado abundante soporte probatorio documental, consistente en múltiples comunicaciones en las que la ANI y las firmas interventoras dan cuenta de las inconsistencias, errores y/o malos manejos que se han dado a esta Subcuenta Predial¹³³. De igual forma en el proceso se demostró a través de documentos y testimonios¹³⁴, el uso indebido de los recursos de esta cuenta y de igual manera se

¹³² Ver Informe de Interventoría CMAB-1-476-0166-19 (Rad ANI 2019-409-024540-2) aportado con la Contestación a la demanda reformada. (Prueba 234).

¹³³ Se refiere a los documento aportados por testigos NELSON SUANCA y DANIEL TOVAR, y los allegados en la contestación de la demanda, dentro de los que destacan las comunicaciones CMAB-1-476-0105-19 (Prueba 232), CMAB-1-476-0106-19, CMAB-1-476-0020-20, (Prueba 258) CMAB-1-476-0049-20 (Prueba 259), CMAB-1-476-0160-20 (Prueba 262) CMAB-1-476-0162-20 (prueba 261), CMAB-1-476-0188-20 (Prueba 263) GIC-IB-2018-0665 del 14 de septiembre de 2018 (Prueba 199), y GIC-IB-2018-0939 del 29-nov-2018 (Prueba 199A), GIC-BG-2019-1318-del 17 de septiembre de 2019 (Prueba 201), GIC-BG-2019-1700 del 13-dic-2019 (Prueba 201A).

¹³⁴ Alude a las declaraciones de los señores DIANA GUTIÉRREZ DE PIÑERES, PAULA ANDREA PIÑEROS BARRERO, ADRIANA OSORIO PINZÓN.

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

acreditó que la Concesionaria ha reconocido haber utilizado los recursos para la adquisición de predios de la Segunda Calzada y el Puente de Cajamarca, que tienen asignadas otras subcuentas independientes para sus gastos prediales y su compromiso de realizar su reintegro.

3. Pese a lo anterior, concluye que *“no es posible emitir un pronunciamiento de fondo consistente en declarar que la totalidad de los recursos girados desde la Subcuenta de Predios del Fideicomiso FC San Rafael fueron invertidos por la Concesionaria San Rafael S.A. en las actividades inherentes a la Gestión Predial para la ejecución del Proyecto y que la Concesionaria no está obligada a devolver los recursos reclamados por la ANI a través de las firmas interventoras Consorcio Interconcesiones y Consorcio MAB, pues el proceso de revisión de toda la gestión predial aún no ha terminado y aún se presentan discrepancias entre las partes con relación a gastos efectuados con cargo a esta Subcuenta Predial, por lo que no podría definirse concretamente cuáles pagos deben permanecer o salir de la cuenta y deben ser descontados o reembolsados por la Concesionaria”*.

4.9.4 Los problemas Jurídicos por resolverse.

Estudiadas las pretensiones planteadas en la demanda reformada y las excepciones de mérito propuestas en la contestación a la misma, el Tribunal deduce que los principales problemas jurídicos a dirimir son ¿si de acuerdo con lo pactado en el Contrato de Concesión No. 007 de 2007, en concreto, en las Cláusulas 1 [Num.1.36 y 1.88] y 34 es posible concluir que los recursos depositados en la Subcuenta Predios están destinados a cubrir y pagar TODAS Las actividades y costos asociados o inherentes a la Gestión Predial? Y, si de acuerdo con lo probado, se declare que la Concesionaria San Rafael S.A. no está obligada a devolver los recursos reclamados por la ANI a través de las firmas interventoras Consorcio Interconcesiones y Consorcio CMAB?

4.9.5. Sobre las disposiciones que regulan el Manejo de la Subcuenta Predios.

Analizadas las Pretensiones Primera, **Segunda**, Tercera, Cuarta, de este Grupo VI.9 encuentra que éstas pretenden que el Tribunal constante la materia y el contenido de unas determinadas disposiciones contractuales relacionadas con la gestión Predial, adquisición predial y la subcuenta de predios. Las siguientes dos pretensiones, Quinta y Sexta, pretenden que el Tribunal interprete tales disposiciones y fije su alcance, a fin de determinar el manejo fiduciario que debe dársele a los recursos destinados para su ejecución.

Atendiendo lo anterior el Tribunal procederá transcribir las disposiciones que según las Partes deben ser consideradas para tales efectos, así como otras que se consideran pertinentes:

CLÁUSULA 1. - DEFINICIONES

“1.36. Gestión Predial

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)**

Es el conjunto de actividades tendientes a obtener, de manera oportuna, los predios requeridos para los proyectos viales. Involucra actividades de carácter técnico, legal y social, a saber: brindar información previa del proceso, elaboración de fichas y planos prediales, avalúo comercial de predios y mejoras, aplicación de resolución 609 de 2005, elaboración de estudio de títulos, elaboración de documentos de compraventa (oferta formal de compra, promesa de compraventa y escrituras) y entrega física del predio, hasta obtener el registro de las escrituras de compraventa a favor de la Nación-INCO. Involucra igualmente los trámites administrativos y legales relacionados con la expropiación por vía administrativa y/o judicial (a potestad del INCO), en los casos en que resulta fallido el proceso de enajenación voluntaria directa.”

1.88. “Subcuenta de Predios”

Es la subcuenta que deberá constituir el Concesionario en el Fideicomiso, en la cual el Concesionario depositará los montos que de conformidad la CLAUSULA 34 deba realizar el Concesionario a esta subcuenta para la adquisición de los predios necesarios para las Obras de Construcción, Mejoramiento y Rehabilitación.

El valor de la indemnización a los titulares de derechos sobre los predios expropiados a que haya lugar, declarada por autoridades judiciales, los costos judiciales de imposición de servidumbres, de los predios correspondientes al Alcance Básico, las compensaciones identificadas en la resolución INCO 609 de 2005 a que haya lugar en cada proceso de adquisición predial y los costos del saneamiento del corredor vial.

El pago de los honorarios de los profesionales directa o indirectamente encargados de la gestión y adquisición predial a cualquier título, así como de los profesionales contratados por el Concesionario para adelantar los procesos de expropiación de predios, serán con cargo a esta subcuenta.

No se incluye en esta subcuenta el costo de la elaboración de las fichas prediales, por cuanto hacen parte de los estudios y diseños. (...)

Esta subcuenta deberá manejarse de manera totalmente independiente de los demás recursos del Fideicomiso y las sumas depositadas en ella se aplicarán exclusivamente a las finalidades descritas en la CLAUSULA 34 del presente Contrato, sin perjuicio de que sus excedentes tendrán la destinación que a (...)”

• **CLÁUSULA 34 ADQUISICIÓN DE PREDIOS**

“(…)

34.1. El concesionario deberá depositar en la **Subcuenta de Predios**, de acuerdo con lo establecido en el literal a) del numeral 6.2.1 del presente contrato, los recursos necesarios para la adquisición de los predios requeridos para la óptima ejecución del alcance básico del proyecto, incluido el valor de la indemnización a los titulares de los derechos sobre los predios expropiados a que haya lugar, la constitución de servidumbres relativas a este mismo alcance, la aplicación de la resolución **INCO 609** de 2005 y el pago de compensaciones **sociales por adquisición predial y demás asuntos contemplados en la definición de la Subcuenta de Predios.**

34.3

(…)

PARÁGRAFO. Los mayores costos prediales generados por nuevos requerimientos prediales resultado de cambios del diseño definitivo, así como **cualquier error en la identificación del beneficiario de los pagos o cualquier pago realizado en exceso serán atribuidos al Concesionario y en consecuencia éste deberá reembolsar a la Subcuenta de Predios, los recursos pagados por error o en exceso.**

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)**

Los costos derivados de deficiencias en el levantamiento de la información o en la aplicación de la resolución 609 de 2005 y el pago de compensaciones sociales por adquisición predial, elaboración de las fichas prediales, los avalúos comerciales y las promesas de compraventa y escrituras serán asumidos por el **concesionario**.

(...)

Así mismo, cualquier error en la identificación del beneficiario, de las áreas requeridas, de los pagos o cualquier pago realizado en exceso, será atribuido al Concesionario y en consecuencia éste deberá rembolsar a la Subcuenta de Predios, los recursos pagados por error o en exceso; además, el CONCESIONARIO, se compromete a brindar la información que el INCO le solicite con relación a la gestión predial que se adelante.

De conformidad con el cronograma de gestión predial que establezca el Concesionario, deberá entregar al **INCO** un inventario de la totalidad de los predios necesarios para la ejecución de las Obras de Construcción y Mejoramiento del Proyecto, debidamente individualizados. Dicho inventario contendrá, por lo menos, lo siguiente:

- La identificación precisa y georreferenciada de conformidad con el sistema de georreferenciación del INVIAS de todos y cada uno de los predios requeridos para las Obras de Construcción y Mejoramiento del Proyecto, de acuerdo con el corredor identificado en las Especificaciones Técnicas de Construcción, Mejoramiento y Rehabilitación.
- Las fichas y planos prediales para todos y cada uno de los predios requeridos para las Obras de Construcción y Mejoramiento del Proyecto, las cuales deberán ser elaboradas conforme a los formatos que suministrará el **INCO**.
- Un estudio de títulos de todos y cada uno de los predios requeridos.
- La cédula catastral de todos y cada uno de los predios requeridos.
- La certificación de desarrollabilidad del predio emitida por la Oficina de Planeación Municipal, en el caso de adquisiciones parciales.
- El avalúo de los predios y/o mejoras que sean requeridos para las Obras de Construcción y Mejoramiento del Proyecto. En aplicación de lo previsto en el artículo 34 de la ley 105 de 1993, **el Concesionario contratará -a su propio costo-** la realización de este avalúo con una firma habilitada para estos efectos de acuerdo con el Decreto 1420 de 1998 y demás normas que lo modifiquen, adicionen o subroguen. La firma evaluadora será escogida por el Concesionario siguiendo el principio de selección objetiva para lo cual deberá solicitar propuesta -en igualdad de condiciones- sobre firmas evaluadoras que cumplan con las condiciones establecidas en el Decreto 1420 de 1998.
- Presentar la información social en los formatos definidos por el **INCO** para la aplicación de la resolución 609 de 2005.
- El valor discriminado y totalizado de todos y cada uno de los predios requeridos para las Obras de Construcción, Rehabilitación y Mejoramiento del Proyecto incluido el valor de las compensaciones sociales por adquisición predial. La propuesta de forma de pago a los propietarios deberá respetar lo previsto en el artículo 67 de la ley 388 de 1997 o las normas que lo modifiquen, aclaren, sustituyan, subroguen o adicionen.
- El Certificado de uso del suelo expedido por la Oficina de Planeación Municipal respectiva, para todos y cada uno de los Predios requeridos.
- El cronograma para desarrollar la gestión predial, en concordancia con el Cronograma de Obras propuesto por el Concesionario.

A partir de la presentación del inventario predial, el Concesionario podrá iniciar labores de enajenación voluntaria para la adquisición de los predios requeridos.

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

En todo caso, el Concesionario será el único responsable de la correcta identificación y afectación de los predios, **en consecuencia, será responsable de la adquisición de predios o porciones de terreno en exceso a las requeridas para el adecuado desarrollo del Proyecto, caso en el cual estos predios serán de propiedad del Concesionario.**

El Concesionario deberá adelantar la gestión predial necesaria para la adquisición de la totalidad de los predios y/o mejoras requeridas para la ejecución de los Alcances del proyecto, de acuerdo con las metas de cumplimiento obligatorio correspondientes a las entregas parciales establecidas en la Cláusula 7, siguiendo el procedimiento que se indica en esta CLÁUSULA. Si tuviere dificultades y requiriere del trámite legal para realizar la expropiación de predios, deberá informar oportunamente al **INCO**; con esta información deberá entregar debidamente preparados todos los documentos legales que deba firmar el Director del **INCO** o cualquier autoridad del Instituto, para efectos de iniciar y tramitar el proceso de expropiación por vía judicial y dentro del plazo previsto por la Ley.

El Concesionario será el responsable de elaborar todos los documentos y adelantar los trámites necesarios para llevar a cabo los procesos de enajenación voluntaria y de expropiación, así como de contratar los profesionales requeridos para el efecto, hasta el momento en que el respectivo Juzgado efectúe la entrega anticipada del predio, en el caso de las expropiaciones.

El **INCO** será responsable de suscribir las ofertas formales de compra, promesas de compraventa, escrituras de compraventa de los predios y/o mejoras y de suscribir los documentos preparados por el Concesionario para adelantar los procesos de expropiación que sean del caso. Así mismo, en desarrollo de sus funciones, adelantará la supervisión, seguimiento y control del proceso de gestión predial y efectuará control de calidad a los documentos enviados al **INCO** para firma.

En desarrollo de los alcances del contrato, el Concesionario deberá adelantar el siguiente procedimiento:

1. Una vez se vayan definiendo los diseños detallados y definitivos del proyecto, el **Concesionario** deberá contratar la elaboración o realizar directamente y obtener las fichas prediales para cada uno de los predios requeridos para la realización de las obras comprendidas en el Alcance Básico. (...)

2- Con base en las fichas prediales, el estudio de títulos, el certificado de uso del suelo y los documentos preparados o tramitados por el concesionario, cuyo contenido de información debe ser coherente con las regulaciones y especificaciones contenidas en los Planes de Ordenamiento Territorial y los diseños definitivos con los cuales el concesionario ejecutará las Obras de Construcción, Mejoramiento y Rehabilitación relativas al Alcance Básico, según lo previsto en la CLÁUSULA 32, **este deberá contratar el avalúo comercial de los predios con la lonja de propiedad raíz regional respectiva, o firma acreditada para tal efecto, cuyo costo se cargará a la Subcuenta Principal.**

3- Recolectar y presentar la información social acorde con lo establecido en la resolución 609 de 2005 para el reconocimiento de los factores sociales a que hubiere lugar.

4- Realizar el proceso de enajenación de los predios necesarios para adelantar las obras y adquirirlos de conformidad con la normatividad vigente, gestión que el concesionario deberá desarrollar asegurando la disponibilidad de los predios a fin de cumplir con el cronograma de obras acorde a la cláusula 7 de este contrato. Las ofertas formales de compra se realizarán con base en el avalúo comercial realizado por una

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

lonja de propiedad raíz regional, según lo indicado en el numeral (2) de esta Cláusula y la certificación de reconocimiento de factores sociales y sus debidos soportes definidos en la resolución 609 de 2005. (...)

5- Para los casos de **enajenación voluntaria**, el **Concesionario** se asegurará, entre otros aspectos, que los plazos pactados previamente con los propietarios en los contratos de promesa de venta y las escrituras de venta, permitan contar con la disponibilidad física de los predios para el momento en que el Proyecto lo requiera. La entrega de los predios se efectuará mediante acta directamente suscrita por los enajenantes, el Concesionario y un representante del **INCO** o su delegado, copia de la cual será enviada al **INCO**. (...) El **Concesionario** se hará responsable de la utilización de todos los predios adquiridos para los fines previstos en el Proyecto. Una vez recibidos se hará cargo de su cuidado, mientras se desarrolla la obra.

6- Tanto los contratos de promesa de compraventa como las escrituras serán suscritos por el **INCO**, y el Concesionario deberá adelantar todas las gestiones necesarias de notariado y registro para obtener folio de matrícula inmobiliaria con la inscripción de la compraventa a favor del **INCO**. En todo caso, en cumplimiento de lo señalado en el artículo 34. de la ley 105 de 1993, los predios adquiridos figurarán siempre a nombre del **INCO**,

7- El **concesionario** deberá Informar al **INCO**, mediante comunicación escrita, sobre los predios con respecto a los cuales culminó satisfactoriamente el proceso de enajenación, para lo cual, reportará como mínimo la siguiente información: (a) ficha predial, (b) nombre del enajenante, (c) localización e identificación del predio, (d) área adquirida, (e) construcciones y/o mejoras adquiridas, (f) avalúo comercial del predio, (f) número de escritura y, (g) folio de matrícula inmobiliaria. A esta comunicación, el Concesionario deberá adjuntar las carpetas que contienen todos los antecedentes de cada negociación.

8- Procesos de Expropiación: Si por razones imputables al(los) propietario(s), el Concesionario, después de realizar todas las actividades de los numerales anteriores, no logra obtener los predios y/o mejoras requeridos para la realización de las obras previstas en cualquier etapa del Alcance Básico del Proyecto, el Concesionario comunicará por escrito al **INCO** de este hecho, para iniciar el proceso de expropiación por vía judicial y/o por vía administrativa (a potestad del **INCO**) en los términos de la Ley 9 de 1989, la Ley 388 de 1997 y C.P.C. o las normas que las sustituyan o modifiquen. (...)

9- El Concesionario será el responsable de contratar los profesionales requeridos para adelantar los procesos de expropiación, hasta el momento en que el respectivo Juzgado efectúe la entrega anticipada del predio, y de realizar todas las gestiones necesarias para que tales procesos se adelanten con la mayor celeridad posible. Los **honorarios de estos profesionales serán cubiertos con recursos existentes en la Subcuenta de Predios. El valor de la indemnización a pagar a los titulares de derechos sobre los predios será cubierto con los recursos de esta Subcuenta del Fideicomiso.** Efectuada la entrega anticipada del predio, estará a cargo del **INCO** la continuidad del proceso de expropiación, sin perjuicio de las gestiones propias del proceso que el concesionario deba adelantar como requerimiento del **INCO**.

Tanto en el caso de la enajenación directa como en las expropiaciones, y en el evento en que el Concesionario, por hechos imputables a él, no utilice estos predios antes del vencimiento del tercer (3er) año contado desde la fecha de inscripción de la decisión correspondiente en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, deberá devolvérselos al **INCO** para que éste proceda de acuerdo con lo establecido en el artículo 93 de la Ley 9 de 1989 y demás normas pertinentes.

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

PARÁGRAFO PRIMERO: En virtud de lo consagrado en este Contrato, el Concesionario queda facultado para que, en representación del **INCO**, inicie oficialmente el procedimiento de enajenación voluntaria establecido en la Ley 9 de 1989 y la Ley 388 de 1997 y las demás normas aplicables o las normas que las modifiquen o sustituyan.

PARÁGRAFO SEGUNDO: Para el desarrollo de la gestión predial el concesionario tendrá en cuenta lo establecido en el Anexo 17, el cual forma parte integral del presente contrato.

• **CLAUSULA 42 ESTACIONES DE PEAJE, DE PESAJE, CENTROS DE CONTROL DE OPERACIÓN Y ÁREAS DE SERVICIO.**

“(…)

En caso de ser necesaria la adquisición de predios para la construcción de las Áreas de Servicio y las Estaciones de Pesaje, el Concesionario será el encargado de la gestión para su adquisición, labor que será realizada a favor de **INCO** quien será el dueño de tales predios, en concordancia con lo señalado en la CLAUSULA 34 y en lo establecido en el anexo 17 de gestión predial. El costo de los predios para la infraestructura de operación a que se refiere la presente cláusula deberá ser a costa y riesgo del **Concesionario** y en consecuencia **no podrá ser pagado con cargo a las Subcuentas de Interventoría, Predios, Ambiental, Pagos del INCO, Contraprestación o Excedentes del INCO**”.

• **ANEXO 17. “GESTION PREDIAL PARA ADQUISICIÓN DE PREDIOS Y ZONAS REQUERIDOS PARA PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA VIAL”**

“Que es la gestión predial?

Es el proceso técnico, jurídico y social por el cual, con base en el diseño definitivo, se identifica en terreno el área de terreno privada o fiscal o de espacio público requerida para ejecutar el proyecto, se identifican los propietarios, se identifica jurídicamente la propiedad o derechos sobre dicha área (estudio de títulos), se identifica la afectación socioeconómica, se valora comercialmente el inmueble con todas las mejoras, construcciones y cultivos que contenga y sean requeridas, se informa formalmente al propietario sobre el interés de la Nación de adquirir la zona y el valor a pagar por la misma, se realiza la negociación de los terrenos a adquirir y se elabora, firma y registra la escritura pública mediante la cual el área de terreno requerida para ejecutar el proyecto queda a favor de la Nación.”

• **MODIFICATORIO 1 SUSCRITO EL 24 DE ABRIL DE 2008**

“SEGUNDA: OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO.

EI CONCESIONARIO será el responsable de la adquisición de los predios requeridos para la ejecución de todas las obras comprendidas en el desarrollo del contrato; en el desarrollo de dicha responsabilidad, y en adición y complementación de las obligaciones que ya le han sido atribuidas a través de la cláusula 34 del contrato: de Concesión deberá cumplir con las obligaciones-que se describen a continuación:

2.1. Teniendo, en cuenta que el **CONCESIONARIO** tiene a su cargo, la elaboración y obtención de las fichas prediales y estudios de títulos en los términos definidos contractualmente y que es su responsabilidad verificar que la información contenida en las fichas prediales corresponda a la realidad actualizada de cada inmueble, para lo cual debe adelantar la verificación, actualización y validación de la información técnica, física, socioeconómica y jurídica de todas y cada una de las fichas prediales de los predios requeridos para la ejecución del proyecto se hace necesario que en el desarrollo

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)**

del cumplimiento de esta obligación, verifique a su vez que la identificación catastral del inmueble corresponda con el folio de matrícula inmobiliaria sobre el cual se adelanta la adquisición, a partir de lo cual establecerá el área adquirir, confrontando en todo caso la información técnica (áreas levantadas en terreno información, urbanismo etc.) con la obtenida en el estudio de títulos (folio de matrícula, escritura pública etc.) de tal forma que exista correlación, en los documentos presentados (planos, fichas prediales y estudios de títulos) De no haber correlación, el **CONCESIONARIO** determinará a partir de los criterios adecuados y con base en la documentación disponible y la identificación del inmueble, sustentando dicha elaboración de un informe técnico que será anexado a la carpeta contentiva de cada predio. Cuando se trate de un requerimiento total en caso de diferencia de áreas, entre el levantamiento predial, la información catastral y los títulos que no sea posible conciliar preferirá en un principio, la menor área establecida, sin perjuicio de la posibilidad que se le otorgue al propietario de aclarar las áreas, previo a la suscripción de la correspondiente escritura pública de transferencia del inmueble al **INCO**.

(...)

Considerando que el **CONCESIONARIO** es el único responsable de la correcta identificación y determinación de las áreas a adquirir, así como de la de la adquisición de predios o porciones terreno en exceso a las requeridas para el desarrollo del proyecto para efectos de dicha estipulación se entenderá que las áreas requeridas comprenden: a) aquellas necesarias para la ejecución del proyecto, conforme a diseños definitivos elaborados por el Concesionario, (b) aquellas, áreas sobrantes que deban ser adquiridas por no ser desarrollables, previa certificación de esta situación por parte de las Oficinas de planeación competentes y la aprobación de la **INTERVENTORÍA** de aquellas que sean definidas conjuntamente en los Comités prediales, situación que constará en las Actas de los respectivos Comités.

2.2 Con base en las fichas prediales, el estudio de títulos y los documentos catastrales correspondientes, cuyo contenido de información debe ser coherente con las regulaciones y especificaciones contenidas en los Planes de Ordenamiento Territorial, y los diseños definitivos con los cuales el **CONCESIONARIO** ejecuta las obras, este deberá contratar la elaboración y obtener los Avalúos Comerciales prediales de acuerdo con lo establecido en el Decreto 1420 de 1998 y la resolución reglamentaria 0762 de 1998 expedida por el instituto Agustín Codazzi (IGAC) y de ser necesario adelantar acciones de revisión e impugnación dentro de los términos establecidos en las normas señaladas o aquellas que las modifiquen, según el caso.

2.3 Sin perjuicio de la responsabilidad que cabe al **CONCESIONARIO** en cuanto a áreas, valoración y desarrollo de la adquisición predial presentará en todo caso a la **INTERVENTORÍA**, o en su defecto al **INCO** cuando este lo considere necesario, las fichas y planos prediales, las fichas sociales, los avalúos comerciales y el estudio de títulos de cada uno de los predios que se requieran para la ejecución del proyectos, previamente al inicio del proceso de adquisición, como mecanismo para facilitar su función de control y vigilancia. El Concesionario garantizará que los avalúos sean entregados de manera oportuna por la Lonja evaluadora contratada a fin de garantizar su eventual revisión o impugnación por parte del **CONCESIONARIO** dentro de los términos que para el efecto determine la ley.

2.4. Asumirá el proceso de enajenación voluntaria de los predios necesarios para adelantar las obras y adquirirlos de conformidad en la normatividad vigente, gestión que el **CONCESIONARIO** deberá desarrollar con el propósito de asegurar conforme el alcance de su competencia la disponibilidad de los predios a fin de cumplir con el cronograma de obras. En desarrollo de esta obligación asumirá: a) la suscripción y expedición de ofertas de compra y su correspondiente notificación conforme lo establecen los artículos 44 y 45 del CCA, incluyendo la suscripción, expedición de los

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

edictos cuando a ello hubiere lugar, el reconocimiento de factores socioeconómicos y aplicación de los mismos, según lo previsto en la Resolución 609 de 2005 y en la norma que a partir de la fecha de suscripción de este documento, la aclare, complemente o modifique para lo cual no será necesario que el reconocimiento estos factores sea incluido en el Avalúo Comercial (c) la suscripción de promesas de compraventa, (d) el recibo de predios directamente del titular del derecho real objeto de adquisición, de cuyas actas remitirá copia al **INCO** (e) la aprobación de las órdenes de operación para el pago de cuentas relacionadas con la adquisición de los predios requeridos para el proyecto, previa verificación de los requisitos que correspondan en cada caso (f) la suscripción de escrituras públicas; (g) la suscripción de todos los demás documentos necesarios para desarrollar, en los términos contractualmente acordados, la gestión predial durante el procedimiento de enajenación voluntaria, (h) Adelantar el trámite para el correspondiente desenglobe del inmueble y la asignación de Cédula catastral independiente por la entidad competente. Especialmente documentos como "ofertas," promesas y escrituras públicas de compraventa serán suscritos exclusivamente por el representante legal del **CONCESIONARIO**, y en todo caso, en cumplimiento de lo señalado en el artículo 34 de la ley 105 de 1993, los predios adquiridos figurarán siempre a nombre del **INCO**.

(...)

2.5 El **CONCESIONARIO** deberá informar al **INCO**, mediante comunicación escrita sobre los predios respecto de los cuales culminó, satisfactoriamente el proceso de enajenación, para lo cual reportará como mínimo la siguiente información en los formatos que **INCO** establezca el efecto: (a) ficha predial, (b) nombre del enajenante, localización mediante identificación del predio, (d) área adquirida, (e) construcciones y/o mejoras adquiridas, (f) avalúo comercial del predio; (g) número de escritura, y (h) folio de matrícula inmobiliaria. A esta comunicación deberá adjuntar los expedientes que contienen cada negociación debidamente foliados y organizados individualmente de acuerdo con las directrices establecidas por la Oficina de Archivo y Correspondencia del **INCO**, cada cual, con un Informe final del título, en el quede constancia de que el predio entregado al **INCO** se encuentra saneado y goza de titularidad plena, libre de gravámenes limitaciones que puedan afectar jurídicamente la disponibilidad del inmueble.

2.6 Será responsabilidad del **CONCESIONARIO** velar por el cumplimiento cabal de los términos y condiciones establecidos por el ordenamiento jurídico para el agotamiento de la etapa de enajenación voluntaria ante la eventual necesidad de acudir a la vía de la expropiación para la culminación del procedimiento de adquisición predial.

2.7 El **CONCESIONARIO** será responsable de la preparación de los documentos relacionados con el trámite de expropiación judicial o administrativa para suscripción por parte del **INCO**, en desarrollo de lo cual adelantará la supervisión, seguimiento y control de calidad a los documentos enviados para firma del **INCO**

2.8 Cuando sea necesario adelantar trámites por Vía de expropiación judicial el **CONCESIONARIO** será el responsable de contratar los profesionales que se requieren hasta la culminación de los correspondientes procesos y de realizar todas las gestiones para que se adelanten con la mayor celeridad

2.9 Con periodicidad mensual o cuando las circunstancias lo requieran enviará un informe en el que se consolide la información sobre predios requeridos, recibidos en proceso de adquisición y con negociación terminada. Igualmente mantendrá disponible para el **INCO** Y y/o la **INTERVENTORÍA** toda la información necesaria para el ejercicio de la fusión de vigilancia y control de la gestión predial. Para estos efectos recibirá y mantendrá actualizada la base de datos que sea adoptada por el **INCO** para hacer el Seguimiento de la gestión predial, los cuales constituirán instrumentos de seguimiento

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

adecuados a la gestión que efectuará el **INCO** directamente o por intermedio de la **INTERVENTORÍA**

2.10 Atenderá las directrices que en materia de gestión predial y Socioambiental establezca el INCO de manera general para todas las concesiones o de forma particular para el desarrollo del proyecto vial **GIRARDOT- IBAGUÉ- CAJAMARCA – GIC** en armonía con las políticas que para el efecto establezca el gobierno nacional.

2.11 Asistirá a los comités que para el control y seguimiento de la gestión predial convoque el INCO directamente o por intermedio de la **INTERVENTORÍA**, previa entrega de la información requerida para el efecto.

2.12 Dará respuesta en forma clara, veraz y precisa y dentro de los términos de ley a las solicitudes que sobre el proceso de adquisición predial realicen los propietarios o cualquier ciudadano en particular, remitiendo copia de la misma al **INCO**.

2.13. En general es responsabilidad del **CONCESIONARIO** el cumplimiento de todas las obligaciones que en materia de gestión predial le han sido impuestas en la Cláusula 34 del contrato de Concesión No 007 de 1997 en todo aquello que no contradiga lo dispuesto por las partes en el presente documento de Complementación y modificación.

PARÁGRAFO PRIMERO: Los mayores costos prediales en la gestión predial que adelanta el **CONCESIONARIO** cualquiera de sus contratistas generados en errores en la identificación del beneficiario de los pagos, las áreas requeridas, los valores de los predios, cualquier pago realizado en exceso o de la falta de verificación de gravámenes y limitaciones que sean atribuibles únicamente al **CONCESIONARIO**, serán de su cargo y, en consecuencia, éste deberá rembolsar, si es del caso, a la Subcuenta Predios del fideicomiso los recursos pagados por causa del error o en exceso. Asimismo, los sobrecostos en la gestión que adelantará el **CONCESIONARIO**, derivados de deficiencias en el levantamiento de la información, para el reconocimiento de factores sociales, de las áreas no requeridas que se incluyan dentro de las fichas prediales que impliquen su modificación de los valores de los predios o las áreas contempladas que impliquen su modificación a los avalúos comerciales, promesas de compraventa y escrituras públicas serán asumidos por el concesionario, previa verificación del hecho por parte del **INCO** directamente o a través de la **INTERVENTORÍA**.

PARÁGRAFO SEGUNDO: Para el cumplimiento y desarrollo de la gestión predial y en lo que no se contradiga con lo establecido en el presente documento de modificación y complementación, y de conformidad con lo establecido en el parágrafo segundo de la cláusula 34 del contrato de concesión No 007 de 2007 el **CONCESIONARIO** tendrá en cuenta lo establecido en el documento de nominado "Instructivo para la gestión predial en proyectos viales concesionados", entendiendo exclusivamente éste como anexo 17 y el cual hace parte integral del contrato de concesión:

TERCERA: OBLIGACIONES DEL INCO. - Sin perjuicio de las responsabilidades del **CONCESIONARIO** en materia de gestión predial será responsabilidad del INCO el cumplimiento de las siguientes obligaciones:

3.1 El **INCO**, impartirá las directrices generales para el desarrollo de la Gestión Predial y brindará su apoyo, para facilitar las estrategias y condiciones que correspondan cuando se considere necesario para lograr la agilización del proceso de adquisición de predios.

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

3.2 Cuando agotada la etapa de enajenación voluntaria, por razones no imputables al **CONCESIONARIO**, no sea posible culminar el proceso de adquisición, previo cumplimiento de los requisitos señalados para el efecto en la presente modificación, será responsabilidad del **INCO** suscribir los documentos previamente preparados por el **CONCESIONARIO** para dar inicio y llevar hasta su culminación el proceso de expropiación por vía administrativa o por vía judicial de acuerdo con lo establecido en la Ley 388 de 1997 y Ley 9 de 1989, así como otorgar los poderes correspondientes a los apoderados que el **CONCESIONARIO** contrate para que defiendan los intereses de la entidad hasta su culminación del correspondiente proceso

3.3 Directamente o por intermedio de **INTERVENTORÍA** convocará los Comités de gestión predial que se requieran, en los que se verificará el avance de la gestión y se adelantará el estudio de casos específicos en los que el **CONCESIONARIO** requiera el apoyo del **INCO**.

3.4 Adicionalmente, ejercerá el debido control y vigilancia a la gestión predial adelantada por el **CONCESIONARIO** mediante visitas de campo, así como mediante la solicitud de las verificaciones documentales a que haya lugar para establecer la concordancia de las fichas prediales, fichas sociales, avalúos y en general, de los documentos elaborados y reportados para pago a la subcuenta de predios.

3.5 Sin perjuicio de la obligación que en la materia corresponden al **CONCESIONARIO**, previamente al recibo de los expedientes culminados, el **INCO** cotejará que cada carpeta contenga los documentos necesarios para verificar el cumplimiento de los procedimientos legales y asimismo, que el bien recibido se encuentra saneado y goza de titularidad plena libre de gravámenes y limitaciones que puedan afectar jurídicamente su disponibilidad.

3.6 En general es responsabilidad del **INCO** el cumplimiento de las obligaciones que en materia de adquisición predial establece la cláusula 34 del contrato de concesión No 007 de 2007. en todo aquello que no contradiga lo dispuesto por las partes en el presente documento de complementación y modificación”.

• **CONTRATO DE FIDUCIA**

CLÁUSULA SEXTA. OBLIGACIONES DE LA FIDUCIARIA “Num. 6.3(...)

“**Subcuenta de Predios:** Es la subcuenta que deberá constituir el Concesionario en el Fideicomiso, en la cual el Concesionario depositará los recursos que él mismo debe prever para la compra de predios necesarios para las Obras de Construcción, Mejoramiento y Rehabilitación y/o mejoras correspondientes al alcance básico. Los rendimientos producidos por el monto depositado en la Subcuenta de Predios acrecerán la misma, sin que de los mismos se pueda deducir suma alguna por comisión **FIDUCIARIA** o cualquier otro concepto.

Esta subcuenta deberá manejarse de manera totalmente independiente de los demás recursos del Fideicomiso y las sumas depositadas en ella se aplicarán exclusivamente a las finalidades descritas en la **CLÁUSULA TRIGÉSIMA CUARTA** del Contrato de Concesión, sin perjuicio de que sus excedentes tendrán la destinación que a continuación se prevé.

El **INCO** será el beneficiario de los excedentes de la Subcuenta de Predios, la cual se liquidará al finalizar los pagos correspondientes a la adquisición de predios. **INCO** enviará copia de la liquidación efectuada al **INCO**, a más tardar, dentro del mes siguiente a la realización del último pago a los propietarios de los predios requeridos para la ejecución de las Obras de Construcción, Mejoramiento y Rehabilitación del Proyecto El **INCO** podrá solicitar las aclaraciones que considere pertinentes sobre

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

dicho informe. Si quedaren excedentes tras la liquidación definitiva, éstos serán transferidos a la Subcuenta de Excedentes de INCO.”

4.9.6. Sobre la Primera, Segunda, Tercera y Cuarta Pretensiones Principales del Grupo VI.9.

Como ya se precisó, las Pretensiones **Primera y Tercera** se encaminan únicamente a que se constate el contenido de algunas previsiones contractuales (Cláusula 1 numerales 1.36 y 1.88) se definen en que consiste la Gestión Predial y la Subcuenta de Predios. Considerando que efectivamente ello es así, el Tribunal **declarará la prosperidad de las referidas pretensiones**, sin consideración adicional frente al punto.

En el mismo sentido la **Pretensión Segunda** persigue que se declare que la cláusula 34 regula lo relativo a la Adquisición Predial, previsión contractual que es cierta y por tal razón la pretensión **habrá de prosperar**, con la claridad de que la interpretación de estas disposiciones implica considerar igualmente, lo dispuesto en el Anexo 17 “Gestión Predial Para Adquisición de predios y Zonas Requeridos para Proyectos de Infraestructura Vial”.

En cuanto a la **Cuarta pretensión**, relativa a la suscripción de la Modificación 1 el día 24 de abril de 2008, el Tribunal encuentra que, en la citada fecha, en efecto, las Partes suscribieron ese Modificatorio en el que modificaron y complementaron el esquema de adquisición de predios establecido en la Cláusula 34 del contrato de concesión No 007-de 2007- y adicionaron algunas obligaciones atribuidas en la cláusula 34. Esto quedó consignado en las Cláusulas 1ª y 2ª así:

“PRIMERA: OBJETO.- Las partes acuerdan **modificar y complementar el esquema de adquisición de predios establecido en el contrato** de concesión No 007-de 2007- para el proyecto-vial “GIRARDOT- IBAGUÉ- CAJAMARCA-con el ánimo de agilizar su ejecución y establecer, a su vez, mecanismos concretos de control y vigilancia en materia de gestión predial, en armonía con el ordenamiento jurídico que regula la función administrativa de adquisición de predios de utilidad pública y la ejecución de obras por Concesión.

SEGUNDA: OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO. El CONCESIONARIO será el responsable de la adquisición de los predios requeridos para la ejecución de todas las obras comprendidas en el desarrollo del contrato; en desarrollo de dicha responsabilidad, **y en adición y complementación de las obligaciones que ya le han sido atribuidas a través de la cláusula 34** del contrato: de Concesión deberá cumplir con las obligaciones-que se describen a continuación: (...)”

Como consecuencia de lo anterior la **Pretensión Cuarta también habrá de prosperar**.

4.9.7. Sobre la Quinta Pretensión Principal del Grupo VI.9.

Respecto de esta pretensión como ya se precisó, se trata de resolver si “De conformidad con lo dispuesto en las Cláusulas 1 [Num.1.36 y 1.88] y 34 del Contrato de Concesión No. 007 de 2007 los recursos depositados en la Subcuenta Predios están destinados a cubrir y pagar todas las actividades y costos asociados a la Gestión Predial conforme a lo definido en la Cláusula 34 del Contrato de Concesión No.007 de 2007 y en la Modificación No. 1 de 24 de abril de 2008.

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

Para tales efectos se destaca en primer lugar, lo dispuesto en el contrato respecto de la finalidad de las Definiciones a que se refiere la Cláusula 1 que al respecto precisa:

CLAUSULA 1 DEFINICIONES

Para la adecuada interpretación de este Contrato, los siguientes términos que aparezcan en el presente Contrato, tendrán el significado que se les atribuye a continuación. Cada una de estas definiciones se complementa con las correspondientes definiciones del pliego de condiciones, apéndices y anexos que forman parte integral del presente contrato de concesión.

Esta cláusula es importante debido a que, a partir de lo allí dispuesto, se impone al intérprete que para definir el alcance de las estipulaciones 1,36, 1.88, debe considerar el texto literal de las definiciones y las demás disposiciones que regulan la misma materia, esto es, la Cláusula 34, el Anexo No 17 y el referido Modificadorio 1, en tanto su lectura en conjunto permitirá establecer el fin perseguido por las Partes.

De acuerdo con lo anterior y una vez analizadas en su conjunto las disposiciones transcritas, el Tribunal las interpreta de la siguiente manera:

1. Las Cláusulas contenidas en cada uno de los Acuerdos citados regulan, de una parte, el Alcance de la Gestión Predial a cargo del Concesionario (1.36) y enuncia varias de las actividades que la integran, dentro de las que se encuentra la Adquisición Predial y, de otra, cuáles de éstas (1.88) se pagarán con cargo a la Subcuenta Predios y cuáles no.
2. Lo previsto en las cláusulas 1.36, 34 y el anexo 17, permite establecer y definir lo que debe entenderse por gestión predial, su ámbito y las diversas actividades que esta gestión comprende. De lo que allí se establece queda claro que la gestión Predial comprende: **“todo el conjunto de actividades de carácter técnico legal y social”, tendientes a “obtener” y/o adquirir, de manera oportuna los Predios requeridos para la construcción del proyecto.**
3. Dentro de las actividades propias de la gestión predial se contemplan las siguientes: i) Las encaminadas a identificar el área de terreno requerida para ejecutar el proyecto y los propietarios; ii) La elaboración de las fichas y planos prediales; iii) la identificación de la afectación socioeconómica y aplicación de la resolución INCO 609 de 2009; iv) la elaboración de los estudios de títulos y la obtención de la cédula catastral, del certificado del uso del suelo y del certificado de desarrollabilidad del predio emitida por la oficina de planeación municipal en caso de adquisiciones parciales; v) la realización del avalúo comercial del predio y sus mejoras, a fin de contar con una valoración comercial del predio, construcciones y cultivos; vi) la notificación a los propietarios de los predios respecto del interés de la Nación de adquirir los inmuebles y el valor a pagar; vi) La negociación de los terrenos -proceso de enajenación voluntaria- y elaboración de los documentos de compraventa (oferta formal, promesa y escritura); vii) La entrega física del inmueble y demás actividades hasta obtener el registro de la escritura pública en favor de la Nación y, viii) Trámites administrativos y legales relacionados con la expropiación por vía administrativa o judicial, en los casos en que resulte fallido el proceso de enajenación voluntaria, entre otras.
4. En lo que hace a los Recursos dispuestos para su adelantamiento, es claro que los recursos fideicomitidos a la Subcuenta Predios se disponen tanto para la Adquisición de

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)**

los Predios para Construcción, Mejoramiento y Rehabilitación, como para el pago de los costos que impliquen la ejecución de las actividades que enuncian en las Cláusulas 1.88 y 34, tal como lo aceptan ambas Partes, a saber:

- i) Los montos a pagar por la adquisición de los predios y mejoras necesarios para las Obras de Construcción, Mejoramiento y Rehabilitación (que corresponden según el numeral 1.57 a las que se describen en las “especificaciones Técnicas de Construcción, Rehabilitación y Mejoramiento);
- ii) El valor de las indemnizaciones a los titulares de derechos sobre los predios expropiados a que haya lugar, declarada por autoridades judiciales;
- iii) Los costos judiciales de imposición de servidumbres de los predios correspondientes al Alcance Básico;
- iv) Las compensaciones identificadas en la resolución INCO 609 de 2005 a que haya lugar en cada proceso de adquisición predial
- v) Los costos del saneamiento del corredor vial.
- vi) El pago de los honorarios de los profesionales directa o indirectamente encargados de la gestión predial a cualquier título, así como de los profesionales contratados por el concesionario para adelantar los procesos de expropiación de predios. Este último concepto, se analiza más adelante, en tanto se han presentado discrepancias entre las partes en relación con qué gastos se comprenden o están inmersos dentro del término “Honorarios”

5. Igualmente, el mismo contrato, establece de manera precisa y taxativa, cuáles actividades, pese a ser propias de la Gestión Predial, NO deben pagarse con cargo a la Subcuenta predial. Es el caso concreto del costo generado por la elaboración de las fichas prediales, actividad que en la cláusula 1.88 de manera clara, precisa y expresa se excluye y se indica que no se pagan con cargo a la Subcuenta de predios por hacer parte de los estudios y diseños, así como el costo del avalúo comercial de los inmuebles que realice la lonja de propiedad raíz regional o una firma acreditada, que según se indica en la cláusula 34, se cargará a la Subcuenta principal. Asimismo, los costos de la adquisición de predios para la construcción de las áreas de servicio o estaciones de peaje (infraestructura de operación) que según la cláusula 42 deben ser asumidos por el concesionario, a costa y riesgo, y no podrán pagarse con cargo a las otras subcuentas (de predios, ni a la de interventoría, ambiental, pagos del INCO, contraprestación o excedentes del INCO).

Adicional a lo anterior se encuentran otras adquisiciones prediales que se pactaron posteriormente por las Partes, y que tal y como lo han aceptado las Partes, tampoco se pagan con cargo a la subcuenta predial, sino con cargo a los recursos dispuestos en ese caso en concreto, como son las contratadas mediante los Otrosíes Nos. 10 y 11 construcción de la segunda calzada en el sector Gualanday, entre la Intersección Chicoral y la Intersección Gualanday¹³⁵

En definitiva, el Tribunal concluye que de las disposiciones contractuales se deduce QUE NO TODAS LAS ACTIVIDADES REALIZADAS EN DESARROLLO DE LA GESTIÓN PREDIAL SE PAGAN CON CARGO A LA SUBCUENTA DE PREDIOS, en tanto el contrato

¹³⁵ En la cláusula NOVENA del referido otrosí se dispone: : RECURSOS PARA PREDIOS. Las partes convienen clara y expresamente que los recursos para la adquisición de los predios necesarios para la construcción de la segunda calzada en el sector Gualanday, entre la Intersección Chicoral y la Intersección Gualanday, incluyendo el reconocimiento de compensaciones socioeconómicas establecidas en la Resolución INCO No. 545 de 008 o la norma que la modifique, complemente o sustituya, se efectuara con cargo a la fuente de recursos establecida en la cláusula cuarta del presente. ...
(...)

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

de manera expresa exceptuó y/o prohibió pagar con recursos de la Subcuenta Predios, el costo de algunas actividades - que si bien son propias de la gestión o adquisición predial – ordenó pagarlas con cargo a otra Subcuenta o a costa y riesgo del concesionario. En concordancia con lo anterior, debe entenderse que las demás actividades prediales que se pagan con cargo a esa subcuenta, son las indicadas y listadas en el numeral 2 anterior y, en esa medida, la Concesionaria tiene la obligación de pagar con cargo a esa subcuenta, únicamente los costos que corresponda a esas actividades prediales específicas y los que sean propios o inherentes para la ejecución de la labor contratada, entendiendo por Inherente aquello que no se puedan separar o que es indispensable para realizar la tarea encomendada en los términos y con el alcance que fue contratado, y abstenerse de utilizar los recursos para actividades ajenas a la gestión o adquisición predial o expresamente exceptuadas.

Lo antes indicado merece una claridad, en razón a que el Tribunal encuentra que **varias de las actividades listadas que se pagan con cargo a la Subcuenta predial son genéricas y, por tanto, su ejecución involucra o puede involucrar unos gastos que son propios o inherentes a la misma actividad y/o son necesarios para su ejecución, y por tanto deben entenderse que hacen parte de esa actividad predial y su costo debe pagarse con cargo a esa subcuenta.** Estos gastos y su vinculación de manera directa a la actividad predial cuyo pago se autoriza con cargo a la Subcuenta Predial, deben ser, como es obvio, debidamente acreditado por la Concesionaria, en cada caso y de manera precisa. Tal es el caso de algunos de los gastos que en este caso se cobraron dentro del concepto de Honorarios de los profesionales contratados para realizar la gestión de predios y los procesos de expropiación, asunto que se analizará a continuación.

En efecto, el Tribunal encuentra que gastos tales como manutención, alojamiento y transporte, entre otros, causados por profesionales encargados de realizar la gestión o adquisición predial, fueron objetados o glosados por la Interventoría por considerar que no pueden considerarse dentro del rubro de Honorarios, en razón a que este concepto alude únicamente a la remuneración por el trabajo encomendado, sin ningún gasto adicional. El Tribunal se aparta de la interpretación restrictiva de la Interventoría pues considera que dentro de ese rubro o concepto de honorarios se comprenden tanto el valor pagado a una persona por el trabajo realizado, como también otros gastos, inversiones o requerimientos que ese profesional requiere y son indispensables para realizar la tarea encomendada, máxime si tal actividad debe realizarse en lugares distintos de su domicilio habitual e implica realizar desplazamientos o contar con determinados insumos. Adicionalmente, debe considerarse que en muchas ocasiones lo que se paga por concepto de Honorarios depende también de lo pactado entre las Partes, en cada uno de los contratos que se celebren y del alcance de la labor.

Así las cosas, es claro que no puede afirmarse de plano, que no caben o no pueden reconocerse per-se dentro del rubro de honorarios los costos inherentes y necesarios en que debe incurrir el profesional con cargo a la subcuenta predial. Considera el Tribunal que es necesario en cada caso analizar la pertinencia y necesidad del mismo y si de ello se concluye que el gasto es indispensable o necesario para que el referido profesional o trabajador realice su labor, deben entenderse que pueden pagarse bajo este rubro de honorarios o con cargo a esos recursos, como puede ser el caso de los conocidos como

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)**

Viáticos (manutención y alojamiento,) gastos de viaje (desplazamientos) y gastos de representación, entre otros, conceptos que hacen referencia a aquellos valores que se entregan al trabajador o al contratista según se trate, en forma permanente u ocasional, destinados a cubrir unos costos, gastos o valores para que pueda desarrollar la labor contratada, entre otros.

Adicional a lo anterior, y como soporte de lo que se afirma, el Tribunal considera importante mencionar que la ley laboral se refiere a los Viáticos permanentes y ocasionales¹³⁶, y si bien estas normas no son aplicables al caso, sirven como un criterio para los efectos que en este caso se persiguen y es poder concluir que dentro del concepto Honorarios y de salario se reconocen en ocasiones otros gastos como son los viáticos, que hacen parte de la remuneración y son un ingreso para este trabajador o contratista, al igual que los gastos de viaje o representación que pueden serlo, y se pagan en tanto son necesarios e indispensables para que éste pueda realizar la gestión o tarea encomendada. De igual forma las normas tributarias en materia de contratos de prestación de servicios se refieren a los viáticos para señalar que estos pagos se consideran un ingreso que se paga por concepto de honorarios, derivados directamente de la prestación del servicio realizado.

Todo lo expuesto permite al Tribunal concluir que, si se acredita que el profesional contratado para la gestión o adquisición predial requiere sufragar unos gastos para la realización de su labor, estos podrían pagarse con cargo a estos recursos, en tanto son costos inherentes a la actividad predial que ejecuta ese profesional. Lo anterior impone a la Concesionaria la tarea de analizar y acreditar la necesidad del gasto y su vinculación con la actividad predial cuyo pago está permitido con cargo a esa Subcuenta, y a la ANI, la fiduciaria y la Interventoría igualmente de hacer las verificaciones del caso.

Se debe advertir que bajo el amparo de estos gastos que son necesarios para que el Profesional contratado para realizar actividades propias de la gestión predial, no pueden incluirse otros que, si bien se “asocian” al desarrollo del trabajo, esto es, se relacionan, no son necesarios o inherentes a la actividad, o no fueron pactados o exceden claramente los insumos que requiere para la prestación del servicio. En otras palabras, no toda actividad “asociada” a la actividad desarrollada por el profesional contratado para ejecutar la adquisición predial puede considerarse inherente a la misma. Así las cosas el Tribunal entiende que con cargo a esta subcuenta pueden pagarse las actividades indicadas en las cláusulas 1-88 y 34 del contrato, salvo las exceptuadas, así como los gastos inherentes a tales actividades. No puede pagarse ningún otro costo ajeno a la gestión o adquisición predial no autorizado, como pueden ser los préstamos, los pagos de nómina de otros funcionarios no dedicados a estas tareas, los servicios de salud, servicios públicos en general, multas, bonificaciones, entre otros. Evidentemente estos no corresponden a gastos propios de la Gestión y adquisición Predial, sin embargo, en cada caso habrá que hacer un análisis del gasto.

Finalmente el Tribunal debe llamar la atención de la ANI, en tanto resulta sorprendente que siendo esta entidad la que redactó las disposiciones que operativamente ofrecen confusión y ante las diferencias existentes, no haya interpretado la referida disposición o emitido una directriz, ante las dificultades existentes, en la que indicara en forma detallada qué gastos

¹³⁶ Artículo 130 del Código Sustantivo del Trabajo.

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

considera propios de la gestión predial y por tanto podían y pueden pagarse con cargo a esta subcuenta, máxime cuando la misma Interventoría le recomendó impartir una directriz en ese sentido (prueba 262).

Por todo lo expuesto, y sin perjuicio de las claridades que han sido indicadas, **NO podrá prosperar la Pretensión Quinta** encaminada a que se declare que los recursos de la Subcuenta Predial están destinados a cubrir y pagar “TODAS las actividades y COSTOS asociados a la gestión Predial”.

4.9.8. Sobre la Sexta Pretensión Principal del Grupo VI.9.

Atendiendo a que el problema jurídico por resolverse es si la totalidad de los recursos girados desde la Subcuenta de Predios del Fideicomiso FC San Rafael fueron invertidos por la Concesionaria San Rafael S.A. en las actividades inherentes a la Gestión Predial que hubo de adelantar para adquirir los predios **necesarios** para la ejecución del Proyecto según las previsiones de los numerales 1.36 y 1.88 de la Cláusula 1 del Contrato, así como de conformidad con las regulaciones vertidas en la Cláusula 34 ibidem y en la Modificación No. 1 de 24 de abril de 2008.

El Tribunal, una vez examinadas las pruebas que obran en el expediente, encuentra que no le asiste razón a la Convocante y que en el plenario se acreditó lo alegado por la Convocada, esto es, que la Concesionaria utilizó recursos de la Subcuenta Predios en adquisiciones de predios que contractualmente no podían sufragarse con los recursos de dicha Subcuenta, como son los predios destinados a cumplir con la obligación ambiental de inversión del 1% y para la construcción de las áreas de servicio y en esa medida ignoró lo dispuesto en las Cláusulas 34 y 42, ya transcritas, esta última que para efectos de claridad se consigna de nuevo

“42. En caso de ser necesaria la adquisición de predios para la construcción de las Áreas de Servicio y las Estaciones de Pesaje, el Concesionario será el encargado de la gestión para su adquisición, labor que será realizada a favor de **INCO** quien será el dueño de tales predios, en concordancia con lo señalado en la CLAUSULA 34 y en lo establecido en el anexo 17 de gestión predial. El costo de los predios para la infraestructura de operación a que se refiere la presente cláusula deberá ser a costa y riesgo del **Concesionario** y en consecuencia **no podrá ser pagado con cargo a las Subcuentas** de Interventoría, **Predios**, Ambiental, Pagos del INCO, Contraprestación o Excedentes del INCO”

Asimismo en el proceso se acreditó que la Concesionaria utilizó recursos de la subcuenta predial para la adquisición predial de la segunda calzada de la variante Gualanday, pese a que mediante Otrosí No. 10 se precisaron los recursos que debían utilizarse para tal fin y, de igual manera se demostró, en relación con otros gastos incluidos bajo el rubro de proveedores, que varios de ellos tampoco son propios de la gestión predial y por tanto no podían sufragarse con cargo a esta subcuenta, situaciones que en algunos casos fueron admitidas por la Concesionaria, manifestando su obligación de reintegrar los respectivos recursos.

Todo lo anterior, se constata en varias pruebas documentales dentro de las que se destacan:

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

- 1). **La Prueba 56 de la Demanda Reformada**, Comunicación No. C1082-GC0137-13/7.4.1 del 24 de enero de 2012 dirigida por el Consorcio Interconcesiones a la ANI, en la que la Interventoría lista varios de los predios adquiridos con cargo a esa Subcuenta de Predios, identificando aquellos que se adquirieron en exceso y otros se **adquirieron para cumplir obligaciones distintas de las autorizadas contractualmente, como son la obligación ambiental de inversión forestal del 1% y otras destinados para las áreas de servicio**, con desconocimiento de lo dispuesto en la cláusula 42 y 34.33 del contrato, razón por la que solicita los respectivos reintegros a esta Subcuenta predial,
- 2). **La prueba 59 de la Reforma de la Demanda**. Comunicación No. 2015-604-002869-1 de 12 de febrero de 2015 remitida por la ANI a la Concesionaria, en la que se refiere al acuerdo suscrito con CORTOLIMA el 13 de abril de 2011, para la inversión ambiental del 1% para la compra de predios, reforestación y manejo integral de cuencas urbanas y periurbanas de la cuenca del río Totare, y **se solicita entre otros que el valor pagado desde la subcuenta predial por el Concesionario (\$216.722.589), para la adquisición del predio La Cabaña, con cargo al citado 1%, sea reembolsado en tanto este predio debió adquirirse con cargo a la Subcuenta Ambiental**.
- 3) **Las pruebas 61 y 62 de la Reforma de la Demanda**. Comunicación Nos. 2015-604-005821-1 de 17 de marzo de 2015 de la ANI para la Concesionaria San Rafael S.A. y el informe de la Interventoría C1082-GC2246-15-7 4 1 de fecha 1 de julio de 2015, en las que obran informes sobre la gestión y nuevamente se solicita, entre otros, **reintegrar los recursos utilizados para adquirir predios que no se podían pagar con cargo a la subcuenta predial, esto es, los destinados a cumplir con obligación de inversión ambiental del 1% y para las áreas de servicio**.
- 4). **La prueba 63 de la Reforma de la Demanda**. Comunicación No. GIC-2015-2267 del 23 de noviembre de 2015 de la Concesionaria al Consorcio Interconcesiones, en la que presenta aclaraciones, adjunta certificaciones y **admite haber utilizado recursos para la adquisición de predios para inversión ambiental del 1% e informa que se encuentra en trámite para la devolución y reintegro del dinero a la subcuenta predial**.
- 5) **La prueba 108 de la Reforma de la Demanda-** comunicación C.1082-GC3598-17-7.2.2 de 15 de marzo de 2017 remitida por la Interventoría Consorcio Interconcesiones a la Concesionaria San Rafael S.A. y Fiduciaria Colpatria en la que: i) se **analiza** la información relacionada con pagos a proveedores por parte de la fiduciaria, ii) se afirma que muchos de ellos no obedecen al objeto del gasto de la Subcuenta Predios, exigiéndole información adicional para definir o precisar el objeto de erogación y, iii) se exige reintegrar algunos recursos por no estar autorizados contractualmente. Adicionalmente requiere a la Fiduciaria para que aclare su desempeño a la luz del Contrato de Fiducia, so pena de incurrir en incumplimiento y la conmina para que junto con la Concesionaria “revisen, complementen y aclaren la información” y se ejecuten las acciones que lleven a “realizar las correcciones necesarias entre ellas los reintegros a la **Subcuenta Predios ...**”

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

- 6) **La prueba 111 de la Reforma de la Demanda**- Comunicación GIC-BG-2017-0677 de 11 de mayo de 2017 remitida por la Concesionaria a la Interventoría, en la que responde el requerimiento efectuado en relación con el valor pagado a proveedores con recursos de la Subcuenta Predial. En esa comunicación la Concesionaria i) se refiere a pagos efectuados en forma equivocada debido a errores de la Fiduciaria o por una incorrecta clasificación del gasto, ii) reconoce que algunos gastos no debieron pagarse por ser ajenos a la gestión predial y por tanto informa que serán reintegrados a la Subcuenta Predial; iii) solicita efectuar una revisión conjunta de unos gastos respecto de los que no hay claridad, iv) indica cuales gastos pueden pagarse dentro del concepto o rubro de honorarios por tratarse de costos o insumos inherentes a la realización de funciones prediales o que se le reconocieron a los profesionales contratados para desarrollar las gestiones prediales (alojamiento personal, alquiler de vehículos , desplazamientos, tiquetes aéreos, pagos internet, celular ; compra de computador y mantenimiento y reparación de equipos, elementos o útiles; dotación de personal, de exámenes médicos; Prestaciones sociales y suministro de repuestos).
- 7) **La prueba 112 de la Reforma de la Demanda** – (comunicación CMAB-1-476-0166-19 de 8 de marzo de 2019) remitida por la Interventoría a la Concesionaria, en la que informa sobre la realización de una auditoría financiero-predial a la subcuenta predial del alcance básico y solicita a la Concesionaria, de una parte, el reintegro de dinero a la Subcuenta Predial, por los siguientes conceptos y valores: (i) **Alcance básico y rubro de pago de proveedores:** \$6.355.063.375,14; (ii) **Auditoría Financiera:** \$5.488.470.833,04; (iii) Auditoría Predial: \$866.592.542,10 y de otra, la remisión del soporte de los reintegros que informó realizaría, junto con los rendimientos discriminados, así como las aclaraciones de los flujos de caja no corregidos a la fecha, después de 10 meses de haber sido anunciados por el Concesionario.
- 8) **Las pruebas documentales Nos 234** (Comunicación CMAB- 1-476-0166-19 del 8 de marzo de 2019); **Nos 258** (comunicación CMAB-1-0020-20 del 7 de enero de 2020); **259** (comunicación CMAB-1-0049-20 del 14 de enero de 2020); **261** (comunicación CMAB-1-0162-20 del 14 de febrero de 2020; **262** (Comunicación CMAB 1-476-01060-20 del 21 de febrero de 2020) **y 263** (comunicación CMAB-1-0188-20 del 21 de febrero de 2020), **aportadas por la ANI**, en las que constan nuevamente las glosas que frente al tema ha realizado la interventoría y las solicitudes de reintegro inmediato de los recursos.
- 9) Finalmente, **las pruebas 199** (Comunicación GIC-IB-2018-0665 del 14 de septiembre de 2018); **199A** (Comunicación GIC-IB-2018-0939 del 29 de noviembre de 2018); **201** (Comunicación GIC-BG-2019-1318 del 17 de septiembre de 2019) **y 201A** (Comunicación GIC-BG-2019-1700 del 13 de diciembre de 2019), todas aportadas con la Contestación de la reforma de la demanda, en las que obra el reconocimiento de responsabilidad de la Concesionaria y acepta haber utilizado los recursos de esta subcuenta para la adquisición de predios para la construcción de la segunda calzada (Otrosí 10), puente Cajamarca (Adicional No. 2), que por expresa disposición contractual no podían pagarse con cargo a esa subcuenta. Así mismo, la Prueba 273 de la Contestación de la Demanda en la que consta el compromiso de la Concesionaria

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

de reintegrar los dineros correspondientes la compra del predio adquirido como parte de la inversión ambiental del 1%.

Se destaca en este último grupo de pruebas, lo expresado en la Comunicación GIC-BG-2019-1318 en la que la Concesionaria expresamente reconoce su responsabilidad, aceptar reintegrar estos recursos y solicita plazo para efectuar el reintegro, en los siguientes términos:

“...Para esta Sociedad es claro que como parte de las obligaciones que tiene a su cargo, debe hacer **el reintegro de los dineros pagados por concepto de la Construcción de la Segunda Calzada de la Variante Gualanday, de los accesos al Puente Cajamarca y de los predios que "por cualquier error en la identificación del beneficiario de los pagos o cualquier pago realizado en exceso serán atribuidos al Concesionario", más los rendimientos financieros generados desde el momento del desembolso hasta la fecha de la devolución del mismo, a la Subcuenta Predial del Fideicomiso.**

Sin perjuicio de lo anterior, como tuvimos oportunidad de exponérselo a la ANI el Proyecto atraviesa una situación compleja en relación con su flujo de caja mensual, toda vez que, como lo hemos manifestado en varias ocasiones anteriores, los compromisos que éste demanda, ..., hacen que éste no disponga de los recursos disponibles para efectuar el reintegro solicitado. **Por tal razón, insistimos en nuestra propuesta de que el mismo se produzca en el primer semestre del año 2021 o que el valor representativo del reintegro solicitado se descuente del Ingreso Esperado.**

Como tuvimos oportunidad de exponerlo, el acceder a nuestra solicitud, de ninguna manera debe entenderse como una alteración a la Matriz de Riesgos del Contrato 007 de 2007, como tampoco del clausulado relacionado con la Gestión Predial inserto en el cuerpo del Contrato 007, sus Apéndices y Anexos, mismo que en el Otrosí que consagra la delegación en la Gestión Predial. En suma, Concesionaria San Rafael S.A. de manera clara y expresa manifiesta que el tratamiento que solicita, de ser concedido, no significará un antecedente para interpretar las obligaciones a su cargo en distinto sentido al que las estipulaciones contractuales consagra.

Desde luego, los recursos tomados en préstamo, se reitera, serán devueltos a la Subcuenta Predial junto con sus rendimientos financieros. Adicionalmente, cabe resaltar que los recursos tomados en préstamo no han puesto en riesgo la financiación del pago de los predios requeridos por el Proyecto; ya que el monto aportado por el Concesionario en la Subcuenta Predial ha sido suficiente para satisfacer las necesidades del mismo”.

Todo lo expuesto permite al Tribunal concluir **que la Concesionaria no probó que todos “los gastos y costos realizados con cargo a esta Subcuenta Predial, se derivan o se vinculan a las actividades propias de la Gestión Predial o son inherentes a ellas y, en esa medida que podían pagarse con cargo a los recursos fideicomitidos en dicha Subcuenta.** Por el contrario, se acreditó en el plenario que la Concesionaria desconoció algunas previsiones contractuales y adquirió predios que no podían ser pagados con cargo a esa subcuenta y que, además, realizó unos pagos que no corresponden ni son inherentes a actividades que contractualmente están autorizadas, o que son costos ajenos a la gestión predial.

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

Lo expuesto permite afirmar que la Concesionaria NO HA INVERTIDO LA TOTALIDAD DE LOS RECURSOS DE LA SUBCUENTA PREDIAL en las actividades inherentes a la Gestión Predial que hubo de adelantar para adquirir los predios **necesarios** para la ejecución del Proyecto según las previsiones de los numerales 1.36 y 1.88 de la Cláusula 1 del Contrato, así como de conformidad con las regulaciones vertidas en la Cláusula 34 ibidem y en la Modificación No. 1 de 24 de abril de 2008.

En virtud de lo anterior, el Tribunal habrá de declarar que esta **Pretensión Sexta del Grupo VI.9 NO habrá de prosperar.**

4.9.9. Sobre la Séptima Pretensión del Grupo VI.9.

Tal como ya se indicó esta séptima Pretensión de carácter declarativo, implica decidir si de conformidad con lo dispuesto en la Cláusula 34 del Contrato de Concesión, así como en la Modificación No. 1 del 24 de abril de 2008, la Agencia Nacional de Infraestructura estaba y está obligada a adelantar permanentemente el control y vigilancia de todas las actividades desarrolladas por la Concesionaria San Rafael S.A. en cumplimiento de la Gestión Predial, incluida la correspondiente al uso, manejo y destino de los recursos depositados en la Subcuenta de Predios del Fideicomiso FC San Rafael.

Para el Tribunal es claro que además de haberse estipulado esta obligación, en el numeral 11.16 de la Cláusula 11 del Contrato 007 de 2007 se pactó como una Obligación del INCO (hoy ANI) por tratarse de un Contrato de concesión, se ejecuta bajo la vigilancia y control de la entidad estatal concedente (ley 80 de 1993 artículo 30) El citado numeral señala la Obligación del INCO así:

“11.16. Hacer seguimiento, vigilancia y control a la gestión del concesionario en relación con el desarrollo del contrato directamente a través de la asignación de un funcionario de la entidad y/o de la interventoría del contrato”.

Además de lo anterior en la Cláusula 34 núm. 34.3 se pactó:

“El **INCO** será responsable de suscribir las ofertas formales de compra, promesas de compraventa, escrituras de compraventa de los predios y/o mejoras y de suscribir los documentos preparados por el Concesionario para adelantar los procesos de expropiación que sean del caso. Así mismo, en desarrollo de sus funciones, adelantará la supervisión, seguimiento y control del proceso de gestión predial y efectuará control de calidad a los documentos enviados al **INCO** para firma”

En lo que hace al Modificadorio 1 y ello es relevante se pactó la necesaria colaboración de la Concesionaria, por ello a manera de ejemplo en la Cláusula 2 OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO. Numeral 2.9 se precisa:

“2.9 Con periodicidad mensual o cuando las circunstancias lo requieran enviará un informe en el que se consolide la información sobre predios requeridos, recibidos en proceso de adquisición y con negociación terminada. Igualmente mantendrá disponible para el INCO y/o la INTERVENTORÍA toda la información necesaria para el ejercicio de la fusión de vigilancia y control de la gestión predial. Para estos efectos recibirá y mantendrá actualizada la base de datos que sea adoptada por el INCO para hacer el

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

Seguimiento de la gestión predial, los cuales 'constituirán instrumentos de seguimiento adecuados a la gestión que efectuará el INCO directamente o por intermedio de la INTERVENTORÍA."

Así las cosas, esta **Pretensión habrá de prosperar**, pero debe tenerse en cuenta que las funciones de la ANI en esta materia requieren, en muchos de los casos, si no, en todos, de la colaboración de la Concesionaria básicamente con la Interventoría contratada para el ejercicio de tales funciones.

4.9.10. Sobre la Pretensión Octava del Grupo VI.9.

La Convocante con esta Pretensión declarativa solicita que el Tribunal declare que la Agencia Nacional de Infraestructura durante el tiempo transcurrido entre los **años 2008 y 2017** estuvo conforme con el uso y manejo que la Concesionaria San Rafael S.A. dio a los recursos depositados en la Subcuenta de Predios del Fideicomiso FC San Rafael en la medida que ninguna glosa hizo sobre ello.

La Convocada al respecto señala:

1. Que ni la ANI ni la Interventoría del Proyecto, en ningún momento, han emitido concepto de conformidad sobre el manejo de las Subcuentas, por el contrario, el Contrato de Concesión es claro en cuanto a la destinación específica en la que se pueden utilizar los recursos públicos de esta Subcuenta.

2. Que labores de control y vigilancia de todas las actividades desarrolladas por la Concesionaria, correspondiente al uso manejo y destinos de los recursos depositados en la Subcuenta de Predios del fideicomiso durante la ejecución del Contrato de Concesión, se han venido realizando de forma permanente,

3. Relaciona las siguientes comunicaciones relacionadas entre 2013 y 2015:

- ANI 2013-306-008866-1 del 13 de junio de 2013 - Solicitud reintegro recursos. (Áreas en exceso)
- ANI 2013-306-008867-1 del 13 de junio de 2013 - Solicitud reintegro recursos. (Áreas en exceso)
- Consorcio Interconcesiones No. C.1082/GC1367/14/7.4.1 del 15 de mayo de 2014 – Reintegro.
- ANI 2014-604-010393-1 del 4 de junio de 2.014 - Solicitud Reintegro Recursos. (Áreas en exceso)
- ANI 2014-604-017298-1 del 11 de septiembre de 2.014 – Solicitud Reintegro Recursos. (Áreas en exceso)
- ANI 2015-604-000944-1 del 16 de enero de 2.015 – Adquisición de predios – Reintegro Recursos. (Áreas en exceso y del Programa de inversión del 1%)
- ANI 2015- 604-002869-1 del 12 de febrero de 2.015 – Adquisición de predios – Reintegro Recursos. (Áreas en exceso y del Programa de inversión del 1%)

4. Afirma que en ese periodo tanto la ANI como la Interventoría, observaron el manejo de la Subcuenta Predial y, para el efecto, destaca algunas de las comunicaciones ya citadas.

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

Revisadas las comunicaciones aportadas con la contestación de la demanda, el Tribunal concluye que la Convocada entregó pruebas que demuestran que efectivamente la ANI si efectuó glosas durante ese periodo, y si bien es cierto que en la mayoría de los casos se encaminaron a pedir explicaciones o solicitar el reintegro de los recursos utilizados por haber adquirido predios o áreas en exceso (Pruebas aportadas con la contestación de la reforma de la demanda Nos 103, 210, 288, 288A y 290) o buscaban cuestionar las adquisiciones de áreas remanentes por falta de cumplimiento de los requisitos contractuales, y en esa medida no cuestionaron otros costos o gastos derivados de actividades distintas a la adquisición predial, lo cierto es que quedó probado que sí cuestionó la utilización de recursos de esta Subcuenta para adquirir predios destinados al programa ambiental de inversión del 1% y de las áreas remanentes para cumplir con obligaciones de compensación Forestal y solicitó el reintegro de esos recursos. En este sentido se destacan especialmente dos comunicaciones emitidas en los primeros meses del mes de febrero de 2015. La primera, la Comunicación 604- 00944 del 16/04/2015 (Prueba 103 aportada con la contestación de la demanda), en la que la Interventoría solicitó a la ANI informar si concedió autorización a la Concesionaria para utilizar predios adquiridos con cargo a la subcuenta de predios para cumplir obligaciones de reforestación y, para el programa de inversión ambiental del 1% y, la segunda, la Comunicación 604-002869 del 12/02/2015, emitida con fundamento en el informe de la Interventoría con Radicado ANI No 2014-409-060056-2 de Fecha 03/12/2014, en el que la Interventoría le solicitó a la Concesionaria el reintegro inmediato de los recursos utilizados en la compra de un predio adquirido en desarrollo del cumplimiento al programa ambiental de inversión del 1%, por la suma de \$ 216.722.589.00. (Prueba 291 de la Contestación a la reforma de la demanda)

Lo anterior es suficiente para concluir y afirmar la (s) Interventoría (s) encargada(s) de vigilar el contrato durante ese periodo (2008 y 2017) no estuvo ni dio su conformidad al manejo de esta subcuenta, todo lo contrario presentó varias glosas por diferentes aspectos, requirió al Concesionario, solicitó explicaciones y solicitó reintegros de recursos por haberse incurrido en errores o excesos en la adquisición o por haberse dispuesto recursos para adquirir predios que de acuerdo con el contrato no han debido comprarse con cargo a la subcuenta de predios.

Con fundamento en lo expuesto, **esta Pretensión tampoco habrá de prosperar.**

4.9.11. Sobre las Pretensiones Novena y Décima del Grupo VI.9

La Convocante solicita en la novena Pretensión que el Tribunal declare que la Interventoría en ejecución de su Contrato y actuando en nombre de la ANI, **solo hasta el 15 de marzo de 2017** manifestó inconformidad con el manejo, uso y destino dado a los recursos depositados en la Subcuenta de Predios del Patrimonio Autónomo FC San Rafael reclamando la devolución de \$4.297.917.953,60 pesos según aparece consignado en la comunicación C.1082/GC3598/17/7.2.2¹³⁷.

Revisada la Comunicación el Tribunal encuentra que “la devolución” a que alude la Convocante no corresponde a una reclamación. Lo que realmente señala la Interventoría en su extensa evaluación es lo siguiente:

“En cuanto al numeral III. Análisis de la información del objeto del gasto que se relaciona con pagos a proveedores (\$4.297.917.953,60) a corte noviembre de 2016,

¹³⁷ Prueba 108 de la Demanda Reformada

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

se observa que diversos pagos no obedecen al objeto del gasto de la Subcuenta Predios y que muchos pagos realizados requieren complementación de información, con el fin de definir o precisar cuál fue el objeto de erogación, además, se requiere realizar el reintegro de pagos realizados en los casos señalados.”

Ahora bien, respecto de la declaración solicitada en lo que se refiere a la fecha del **15 de marzo de 2017** como aquella hasta la cual la Interventoría en ejecución de su Contrato y actuando en nombre de la ANI, manifestó inconformidad con el manejo, uso y destino dado a los recursos depositados en la Subcuenta de Predios del Patrimonio Autónomo FC San Rafael, el Tribunal remite a lo señalado al sentar las bases de la decisión por adoptarse respecto de la Pretensión Octava anterior, y a las Comunicaciones remitidas por la ANI y la Interventoría entre 2013 y 2015, en la medida en que las decisiones de devolución o reintegro **ponen de manifiesto su inconformidad** con el manejo, uso y destino dado a los recursos depositados en la Subcuenta de Predios del Patrimonio Autónomo FC San Rafael.

No obstante destaca el Tribunal, que de las pruebas surge que la ANI y las Interventorías que estuvieron a cargo de la vigilancia y control entre 2008 y 2015 si bien adelantaron el seguimiento relativo a las áreas objeto de adquisición, **básicamente desde la perspectiva de la superficie adquirida y con base en ello informaron a la Concedente sobre las áreas adquiridas en exceso, o su indebida destinación**, nada dijeron respecto de los demás costos y gastos pagados con los recursos de la Subcuenta Predios, dentro de los cuales figuran costos de nómina que de estar vinculados a la gestión predial, de acuerdo con el contrato, se pagan con cargo a dicha cuenta, excluidos, por supuesto los relativos a la elaboración de fichas prediales. De la misma manera, otros como pagos a proveedores, pasajes o gastos de viaje y alojamiento de personal o contratistas vinculados a dicha gestión y los de los honorarios de terceros contratados para ésta. **Lo anterior, requiere de las Partes, precisiones que no se efectuaron y que han podido ser objeto de decisión en el Comité de Gestión Predial y con la Fiduciaria. Así las cosas, la Pretensión Novena del Grupo VI. 9 no habrá de prosperar** totalmente porque fue probado que antes de la fecha citada si hubo manifestaciones de inconformidad y reclamos de reintegros, aunque, como ya se indicó, se centraron en la indebida disposición de los recursos por haberse adquirido superficies superiores a las requeridas y a la ejecución del Programa de inversión ambiental del 1%. En síntesis, la **Pretensión Novena del Grupo VI.9** habrá de prosperar tan solo de manera parcial, vale decir que no prospera en los términos en que fue solicitada, **porque si bien es cierto que solamente hasta fecha la Interventoría manifestó inconformidad respecto de Manejo, uso y destino de la Subcuenta de Predios, en lo que se refiere al Rubro de Proveedores, también es cierto que antes de esa fecha tal como se indicó al analizar la Pretensión Octava si hubo manifestaciones de inconformidad respecto del Manejo, uso y destino de la Subcuenta de Predios, en lo que se refiere a adquisiciones de predios (áreas en exceso y áreas que no debían pagarse con cargo a dicha Subcuenta.**

En lo que se refiere a la Décima Pretensión del Grupo VI.9, igualmente Declarativa, la Convocante solicita que el Tribunal declare que la Interventoría en ejecución de su Contrato y actuando en nombre de la ANI, el 11 de marzo de 2019 **nuevamente** manifestó inconformidad con el manejo, uso y destino dado a los recursos depositados en la Subcuenta de Predios del Patrimonio Autónomo FC San Rafael reclamando la devolución

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

de \$5.488.470.833,04 pesos según aparece consignado en la comunicación CMAB-1-476-0166-19.¹³⁸

El Tribunal encuentra que, en efecto en la citada comunicación, la Interventoría informa que adelantó una auditoría financiero - predial a la subcuenta predial del alcance básico, para lo cual se analizó la información contenida en los siguientes documentos:

- Flujo de caja con corte a 31-dic-2018
- Documentos contractuales:
 - Contrato de concesión
 - Modificación No. 1
 - Anexo 17
 - Adicional No. 2: para la construcción del nuevo puente Cajamarca (Tramo 5)
 - Otrosí No. 10: para la construcción de la segunda calzada de la variante Gualanday (Tramo 2)
- Sabana predial actualizada el 4-ene-2019
- La Comunicación GIC-BG-2017-0677 y sus antecedentes.

A continuación, la Interventoría precisa:

“Es importante aclarar que **el alcance de esta auditoría corresponde al rubro: “PAGO DE PROVEEDORES”** y al alcance básico del contrato que corresponde a la gestión predial de los tramos 1 al 7 que en la actualidad se encuentra en operación y mantenimiento, **ya que la gestión predial del Nuevo puente Cajamarca (Contrato Adicional No. 2) y Segunda Calzada Variante Gualanday (Otrosí 10) se encuentran incluidos dentro de los valores de las respectivas modificaciones contractuales, por lo cual, deben ser pagada desde la subcuenta principal.**

De igual forma, los hallazgos relacionados con estos dos alcances se encuentran en las comunicaciones CMAB-1-476-0106-19 y CMAB-1-476-0105-19, respectivamente.

Como resultado de la auditoría de la subcuenta predial, se presenta el informe detallado adjunto a la presente comunicación, como soporte de la solicitud para el **reintegro a la subcuenta predial con los respectivos rendimientos generados desde el momento del débito efectuado en la subcuenta y la fecha del abono por un valor total de \$6.355.063.375,14**, los cuales corresponde a la suma de la solicitud de reintegro por auditoría financiera más la solicitud de reintegro por auditoría predial

Solicitud de reintegro por Auditoria Financiera (Capitulo 4 Informe) ¹³⁹	\$ 5.488.470.833,04
Solicitud de reintegro por Auditoría Predial (Capitulo 5 Informe)	\$866.592.542,10
Solicitud total de reintegro a la Subcuenta Predial por concepto de alcance básico y rubro de pago de proveedores	\$6.355.063.375,14

El Tribunal observa que la Interventoría con base en el Flujo de Caja Flujo de caja con corte a 31-dic-2018 en lo que se refiere a **Pagos a proveedores** consigna:

¹³⁸ Prueba 234 de la Contestación de la Demanda Reformada.

¹³⁹ Solicitud de reintegro por Auditoria Financiera.

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

A. Los Reintegros solicitados que fueron atendidos por la Concesionaria:

1. Crédito Sindicado por un valor de \$ 4.811.507.099,00.
2. Rechazo de Crédito Enviado por un valor de \$ 88.855.365,00

B. Los Reintegros por 1. Daño Emergente (\$ 25.050.905,00) y 2. Factor Social (\$4.969.000,00) que “No Aplican porque se encuentran acordes con el contrato”

El Valor total por reintegrar según la citada comunicación en lo que hace a Pagos a proveedores efectivamente asciende a (\$ 5.488.470.833,04).

Obra, además:

- **Auditoría Predial** que asciende a (\$866.592.542,10)

La Interventoría además señaló a la Concesionaria:

“En la comunicación GIC-BG-2017-0677, el Concesionario informó que solicitaría el reintegro de algunos pagos identificados por Consorcio Interconcesiones, por lo cual se solicita que se remita el soporte de dichos reintegros y sus respectivos rendimientos discriminados, así como las aclaraciones de los flujos de caja, los cuales a la fecha no se han corregido, transcurridos 10 meses de la emisión de su comunicación.

Por lo tanto, atendiendo a las reglas previstas en el Contrato de Concesión para el manejo de la Subcuenta de Predios del Fideicomiso, el concesionario debe realizar el correspondiente reintegro de los recursos a la Subcuenta de Predios del Fideicomiso del proyecto, con los respectivos rendimientos generados desde el momento del débito efectuado en la subcuenta y la fecha del abono. Cabe precisar que, el reintegro debe realizarse por los valores descritos en cada ítem, es decir uno a uno, para el óptimo seguimiento y control, de la subcuenta.

Para efectos de lo anterior, la Interventoría le concede un plazo de 45 días calendario contados a partir del recibo de esta comunicación”.

Teniendo en cuenta que la Convocante para efectos de la Declaración que solicita, remite al Tribunal a la comunicación que acaba de transcribirse; con base en ella el Tribunal declarará que esta **Décima Pretensión prospera de manera parcial**, en la medida en que si bien es cierto que el valor citado corresponde a una Solicitud de Reintegro por **\$5.488.470.833,04**, esta hace referencia a **Solicitud de reintegro por Auditoría Financiera (Capítulo 4 Informe- Rubro Proveedores)**. No obstante, en la misma obra otra **Solicitud de reintegro por Auditoría Predial por un Valor de \$866.592.542 y respecto de dichas sumas, se precisa que “deberán adicionarse los respectivos rendimientos generados desde el momento del débito efectuado en la subcuenta y la fecha del abono.”**

4.9.12. Sobre la Décima Primera Pretensión del Grupo VI.9.

Solicita la Convocante que “como consecuencia de la prosperidad de las Pretensiones anteriores se declare que la CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A. no está obligada a devolver los recursos reclamados por la ANI a través de las firmas interventoras Consorcio Interconcesiones y Consorcio MAB.”

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

Al no haber prosperado la totalidad de las Pretensiones de este Grupo VI.9, **La consecuencial Décima Primera no habrá de prosperar.**

4.9.13. Sobre la Excepción Décima Segunda.

La Convocada presenta la Excepción Décima Segunda sobre el incumplimiento grave del Contrato 007 de 2007 por el inadecuado manejo y administración de la Subcuenta de Predios, por lo que debe reintegrar a dicha subcuenta los recursos que la ANI le ha conminado reiteradamente a devolver.

Esta Excepción no prosperará en razón en que en este momento y con las pruebas allegadas, si bien es cierto que se probaron falencias, descuidos y errores en el manejo de la Subcuenta Predios, lo cierto es que en el caso del Rubro Proveedores, en la mayoría de ellos lo que surge es una ausencia de colaboración de todas las Partes para precisar, cuáles pagos y con base en qué documentos era y es viable efectuar los pagos que efectivamente se hicieron y determinar si hay lugar a nuevos reintegros y si finalmente la Convocante incurrió en un incumplimiento en el Manejo, uso y destinación de la citada Subcuenta. **Por lo anterior el Tribunal considera que no puede calificarse como un incumplimiento grave.**

Por lo demás, con base en la lectura del material probatorio relacionado con esta excepción, la cual está íntimamente relacionada con la Pretensión Décima Primera de la demanda arbitral, el Tribunal observa como lo ha advertido igualmente el señor Agente del Ministerio Público, que la gestión predial a cargo de la Concesionaria concluyó, pero **las Partes siguen adelantado el proceso de revisión de dicha gestión predial, lo cual incluye el análisis y la revisión de la Subcuenta de Predios, revisión que no ha concluido y aún se presentan discrepancias entre ellas en relación con gastos efectuados con cargo a dicha Cuenta**, por lo que no podría definirse concretamente cuáles pagos deben permanecer o salir de la cuenta y deben ser descontados y reembolsados por la CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A. Por lo tanto, así como no es posible declarar en este momento que la CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A. no está obligada a devolver los recursos reclamados por la ANI a través de las firmas interventoras Consorcio Interconcesiones y Consorcio MAB, por las mismas razones, el Tribunal **tampoco declarará probada la excepción 12 formulada por la Parte Convocada**, conforme a la cual El Concesionario San Rafael incumplió gravemente el Contrato 007 de 2007 en lo relativo al adecuado manejo y administración de la Subcuenta de Predios, por lo que debe reintegrar a dicha subcuenta los recursos que la ANI le ha conminado reiteradamente a devolver.

4.10 SOBRE EL JURAMENTO ESTIMATORIO.

La Parte Convocante en su escrito de reformada de la demanda y, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 206 del Código General del Proceso, estimó el valor de las controversias en un total de \$5.410.563.614, precisando que dicha estimación se formula únicamente respecto de tres grupos de pretensiones, a saber: i) las relativas a *“las obras adelantadas en la avenida Pedro Tafur”* cuyo monto se estimó en \$1.206.591.346, ii) Las relacionadas con la *“iluminación de las intersecciones”*, por la suma de \$1.373.923.123 y iii) las relacionadas con *“la cicloruta tramo 6”* cuya suma se estimó en \$2.830.049.145. Señaló, además, respecto de las demás pretensiones de naturaleza meramente

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

declarativa, que frente a éstas no se requiere efectuar una estimación en tanto éstas no persiguen “indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras”.

La Parte Convocada para los fines de la sanción prevista en el referido artículo 206, objetó el juramento formulado con fundamento en las siguientes razones: i) “*el demandante no tiene ningún derecho contractual, ni legal para reclamar los rubros establecidos por la demandante, además porque respecto de algunas pretensiones ha operado la caducidad de la acción*”, y, ii) no existe “*prueba idónea de cada uno de los rubros dentro de la demanda que permita identificarlos y cuantificarlos en tanto las pruebas a las que se refiere en el pie de página de demanda ni corresponden en su totalidad a pruebas relacionados con el detalle y las que existen no resulta idóneas para soportar las sumas*” (prueba 77,77A, 81, 82, 83,106)

Para definir este aspecto, el Tribunal procede a examinar lo dispuesto en el inciso cuarto del artículo 206 del Código General del Proceso (modificado por el artículo 13 de la Ley 1743 de 2014), que establece:

“Si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) a la que resulte probada, se condenará a quien hizo el juramento estimatorio a pagar al Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia entre la cantidad estimada y la probada”

A su vez, el párrafo del mismo artículo 206, igualmente modificado por el artículo 13 de la Ley 1743 de 2014, señala:

“También habrá lugar a la condena a la que se refiere este artículo a favor del Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, en los eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios. En este evento, la sanción equivaldrá al cinco por ciento (5%) del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas.

La aplicación de la sanción prevista en el presente párrafo sólo procederá cuando la causa de la falta de demostración de los perjuicios sea imputable al actuar negligente o temerario de la parte”

De acuerdo con la norma antes transcrita y los lineamientos expuestos en la sentencia C-157 de 2013 de la Corte Constitucional, se concluye que hay lugar a la imposición de una condena por concepto de la sanción prevista en el artículo 206 del Código General del Proceso, en los siguientes dos supuestos: **(i)** cuando la suma estimada bajo juramento exceda del cincuenta por ciento (50%) de la suma probada a la que resulte condenada la demandada, y **(ii)** cuando se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios. Ahora bien, se puntualiza que la sanción prevista en la norma citada solo es procedente cuando se niegan las pretensiones por falta de prueba del perjuicio, de tal manera que en eventos en que la razón de negar las pretensiones sea diferente no hay lugar a la imposición de la sanción.

En el presente caso, el Tribunal advierte, en relación con LAS PRETENSIONES relativas a “las obras adelantadas en la avenida Pedro Tafur”, “iluminación de las intersecciones” y

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

la cicloruta tramo 6”, no se configuran los supuestos indicados en la norma y en esa medida no es procedente la imposición de la sanción prevista, en tanto, en aquellos casos en que se negaron las pretensiones de condena, la decisión se fundó en que las pretensiones declarativas fueron negadas debido a la improcedencia sustantiva de las Pretensiones correspondientes y no obedece, a que las cuantificaciones que obran en la Demanda hayan sido desbordadas o infundadas, o a una falta de demostración o de prueba de los perjuicios reclamados que pudiera ser imputable al actuar negligente o temerario de la parte demandante.

Por las razones expuestas, el Tribunal no impondrá sanción alguna con fundamento en el artículo 206 del Código General del Proceso.

4.11 COSTAS.

Procede el Tribunal, una vez concluido el análisis y la decisión de las pretensiones formuladas por la Concesionaria San Rafael S.A., a ocuparse de las costas del proceso.

Para tales fines, tiene en cuenta lo dispuesto en el artículo 188 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), que al respecto dispone:

“ARTÍCULO 188. CONDENA EN COSTAS. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”.

La referencia del precepto al Código de Procedimiento Civil se entiende respecto del Código General del Proceso, que lo derogó y sustituyó. El Código General del Proceso en el artículo 365 numeral 5º reprodujo el numeral 6º del artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, según el cual *“En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión”*.

A la luz de lo anterior, y teniendo en cuenta, de una parte, el sentido general de la decisión contenida en el presente Laudo en el que prosperaron algunas de las Pretensiones contenidas en la Demanda reformada e igualmente que el Tribunal observa que la actuación de las Partes y de sus apoderados se ha ceñido a los principios de transparencia y lealtad procesal, cada cual, en defensa de la posición asumida, sin que jurídicamente se les pueda hacer reproche alguno, y recalca su buena fe en el manejo de la problemática planteada¹⁴⁰. **se abstendrá de imponer condena en costas, incluyendo agencias en derecho.**

¹⁴⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 1 de abril de 2016, Rad. 76001-23-33-000-2012-00130-01 (47.331), Rad. 76001-23-33-000-2012-00130-01 (47.331) *“En tratándose de la condena en costas la propia jurisprudencia constitucional ha reconocido la aplicación de criterios de razonabilidad a efectos de determinar si es procedente su imposición: “la Corte acoge los criterios sentados por esa corporación, según los cuales el concepto jurídico indeterminado utilizado por el legislador en el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo no concede al juez una facultad absolutamente potestativa de decidir cuándo procede o no la condena en costas, sino que otorga una facultad discrecional que le permite hacer una evaluación razonable de la conducta procesal de la parte vencida, dentro de cierto margen de apreciación personal. Esta aplicación razonable de la norma implica que solamente resulta*

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)**

4.12. LA CONDUCTA PROCESAL DE LAS PARTES.

El artículo 280 del Código General del Proceso indica que el Juez en la sentencia siempre deberá calificar la conducta procesal de las partes y, de ser el caso, deducir indicios de ella. De igual manera, el artículo 241 del mismo estatuto establece que el Juez podrá deducir indicios de la conducta procesal de las partes.

El Tribunal encuentra que cada una de las partes asumió con rigor la posición que defendió en el proceso, controvirtiendo con argumentos a su contraparte.

Para el Tribunal la vehemencia con la que actuaron las partes en el curso del proceso no puede ser apreciada como una conducta contraria a la lealtad procesal y a la buena fe.

CAPITULO CUARTO

DECISIONES DEL TRIBUNAL

El Tribunal de arbitraje constituido para dirimir las diferencias contractuales surgidas entre la CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A., como parte Convocante y la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA -ANI- parte Convocada, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, por autoridad de la ley y habilitación de las partes

RESUELVE

(I) RESPECTO DE LOS ASUNTOS PREVIOS

- 1º Declarar infundada la tacha de sospecha propuesta respecto de la declaración del Señor Cristian Camilo Escobar por las razones expuestas en la parte motiva.
- 2º Por las razones expuestas en la parte motiva, declarar que carece de fundamento la Excepción propuesta por la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI: *“Caducidad de la acción respecto de las pretensiones contenidas en el aparte VI.6 de las Pretensiones de la Demanda relativo a la Avenida Pedro Tafur”*.

posible condenar en costas a dicha parte cuando ha procedido con notorio abuso del derecho de acceso a la justicia, por el ejercicio del derecho de acción o de defensa, de la facultad de solicitar o presentar pruebas, de interponer recursos o de promover incidentes, en forma claramente irrazonable, temeraria, infundada, dilatoria o desleal. Ahora bien, en cuanto a la interposición de recursos, la Corte observa que esta facultad forma parte del derecho que tienen las partes de defender sus derechos por medio de sus apoderados. Desde luego, en la interposición de recursos se debe actuar dentro de las normas que impiden actos temerarios o de mala fe” Corte Constitucional, Sentencia C-043 de 2004. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra”.

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

(II) RESPECTO DE LAS PRETENSIONES DECLARATIVAS CONCERNIENTES AL ÁREA DE SERVICIOS CHICORAL (GRUPO VI.1)

- 3° **NEGAR**, en los términos en que fue propuesta, la **PRETENSIÓN PRIMERA** de la demanda reformada, por las razones contenidas en el aparte considerativo de este laudo arbitral
- 4° **NEGAR** la **PRETENSIÓN SEGUNDA** de la demanda reformada, por las razones consignadas en el aparte considerativo de este laudo arbitral, sin perjuicio de las modulaciones y precisiones que se consignan en la parte motiva de este laudo.
- 5° Declarar la **PROSPERIDAD PARCIAL** de la **PRETENSIÓN TERCERA** de la demanda reformada, con las modulaciones y precisiones que obran en las motivaciones de este laudo arbitral.
- 6° **NEGAR** la **PRETENSIÓN CUARTA** de la demanda reformada, por las razones contenidas en el aparte considerativo de este laudo arbitral.
- 7° Declarar la **PROSPERIDAD PARCIAL** de la **PRETENSIÓN QUINTA** de la reforma de la demanda, por las razones contenidas en el aparte considerativo de este laudo arbitral.
- 8° **NEGAR** la **PRETENSIÓN SEXTA** de la demanda reformada, por las razones contenidas en el aparte considerativo de este laudo arbitral.
- 9° Declarar la **PROSPERIDAD PARCIAL** de la pretensión **SÉPTIMA** de la reforma de la demanda por las razones contenidas en el aparte considerativo de este laudo arbitral.
- 10° **NEGAR** en la forma en que fue solicitada, la **PRETENSIÓN OCTAVA** de la demanda reformada, por las razones contenidas en el aparte considerativo de este laudo arbitral.
- 11° **NEGAR** en la forma en que fue solicitada, la **PRETENSIÓN NOVENA** de la demanda reformada, por las razones contenidas en el aparte considerativo de este laudo arbitral.
- 12° **NEGAR** como consecuencia de la declaración anterior, la **PRETENSIÓN DÉCIMA** de la demanda reformada, sin perjuicio de las modulaciones y precisiones consignadas en el aparte considerativo de este laudo arbitral.
- 13° **NEGAR** la pretensión consecuencial **DÉCIMA PRIMERA** de la demanda reformada, sin perjuicio de las modulaciones y precisiones consignadas en el aparte considerativo de este laudo arbitral.
- 14° Declarar la **PROSPERIDAD PARCIAL** de la **EXCEPCIÓN** formulada por la Agencia Nacional de Infraestructura ANI relativa al incumplimiento de la Concesionaria de *“las obligaciones contenidas en el numeral 4.2.1 del Apéndice B “Especificaciones Técnicas de operación. Mantenimiento y servicios al usuario del Contrato de Concesión relativos a los Teléfonos Públicos, las zonas de*

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

alimentación y a la enfermería”, en los términos y por las razones contenidas en el aparte considerativo de este laudo arbitral.

(III) RESPECTO DE LAS PRETENSIONES CONCERNIENTES A LAS ESTACIONES DE PESAJE. (GRUPO VI.2).

- 15° **NEGAR** la totalidad de las **PRETENSIONES** del Grupo “VI.2 Declarativas concernientes a las Estaciones de Pesaje” de la demanda reformada, por las razones consignadas en el aparte considerativo de este laudo arbitral
- 16° Declarar la **PROSPERIDAD** de la **EXCEPCIÓN** formulada por la Agencia Nacional de Infraestructura ANI relativa al incumplimiento de la concesionaria de *“las obligaciones a su cargo contenidas en el numeral 4.1.3.1 del Apéndice B “Especificaciones técnicas de operación, mantenimiento y servicios al usuario” del Contrato de Concesión relativas a las estaciones de pesaje”*, en los términos y por las razones contenidas en el aparte considerativo de este laudo arbitral.

(IV) RESPECTO DE LAS PRETENSIONES CONCERNIENTES A LA AFIRMADA ELUSIÓN DEL PEAJE DE GUALANDAY. (GRUPO VI.3)

- 17° Declarar que el documento CONPES 3107 de 2001 *“Política de Manejo de Riesgo Contractual del Estado para Procesos de Participación Privada en Infraestructura”* fijó la Política de Riesgos que le fue aplicada a los Contratos de Concesión de Tercera Generación. En consecuencia, **PROSPERA** la **PRETENSIÓN PRIMERA** de la demanda reformada.
- 18° **NEGAR**, en la forma que fue solicitada, la **PRETENSIÓN SEGUNDA** de la demanda reformada, por las razones contenidas en el aparte considerativo de este laudo arbitral, en donde se concluyó que el referido documento CONPES contempló como uno de sus lineamientos que los riesgos sean identificados y asignados claramente a las partes en el contrato, pero no con carácter imperativo.
- 19° Declarar que el documento CONPES 3107 de 2001 *“Política de Manejo de Riesgo Contractual del Estado para Procesos de Participación Privada en Infraestructura”* no contempló el riesgo correspondiente al fenómeno denominado Elusión. En consecuencia, **PROSPERA** la **PRETENSIÓN TERCERA** de la demanda reformada.
- 20° Declarar la **PROSPERIDAD PARCIAL** de la **PRETENSIÓN CUARTA** de la demanda reformada, con las precisiones, modulaciones y razones expuestas en el aparte considerativo de este laudo arbitral, en la que se declara que el Contrato no tipificó el riesgo de Elusión, pero sí asignó la obligación de evitar la elusión en cabeza del Convocante.
- 21° **NEGAR**, por las razones contenidas en el aparte considerativo de este laudo arbitral, la **PRETENSIÓN QUINTA** de la demanda reformada.
- 22° Declarar que la Concesionaria San Rafael S.A. no incumplió las obligaciones previstas en la Cláusula 10 numerales 10.31 y 10.32 del Contrato de Concesión No. 007 de 2007. En consecuencia, **PROSPERA** la **PRETENSION SEXTA** de la demanda reformada.

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

- 23° Declarar que el Contrato de Concesión No. 007 de 2007 en su Cláusula 26 no contempla ninguna Disminución en la Remuneración del Concesionario cuando se hayan incumplido las obligaciones contenidas en los numerales 10.31 y 10.32 de su Cláusula 10. En consecuencia, **PROSPERA** la **PRETENSIÓN SÉPTIMA** de la demanda reformada.
- 24° Declarar que la Elusión del pago de la tarifa del Peaje de Gualanday denunciada por la interventoría Consorcio Interconcesiones a la Agencia Nacional de Infraestructura ANI En el año 2012 no se acreditó, ni probó, con base en las razones expuestas en el aparte considerativo de este laudo arbitral. En consecuencia, **PROSPERA** la **PRETENSIÓN OCTAVA** de la demanda reformada.
- 25° Declarar que el fenómeno denominado Elusión no fue regulado como uno de los riesgos asociados a la ejecución del Contrato de Concesión No. 007 de 2007 y, en todo caso, su ocurrencia no implica la imposición de ninguna sanción a la Concesionaria San Rafael S.A. En consecuencia, **PROSPERA** la **PRETENSIÓN NOVENA** de la demanda reformada.
- 26° Declarar que como consecuencia de la prosperidad de las anteriores pretensiones la Concesionaria San Rafael S.A. no debe realizar el Fondeo de la Subcuenta Principal reclamado por la Interventoría y la Agencia Nacional de Infraestructura-ANI en cuantía de \$7.799.166.933, ni tampoco, alternativamente, debe contabilizar dicho valor dentro del Ingreso generado, ni debe consignar al Fondo de Seguridad Vial la suma de \$33.428.571 pesos. En consecuencia, **PROSPERA** la **PRETENSIÓN DÉCIMA** de la demanda reformada.
- 27° Declarar que por lo expuesto en la parte motiva de este Laudo, **NO PROSPERA LA EXCEPCIÓN** propuesta por la Agencia Nacional de Infraestructura-Ani relativa al incumplimiento de la Concesionaria de *“las obligaciones a su cargo contenida en el contrato al no evitar la elusión del peaje Gualanday. El riesgo de la elusión de peajes se encuentra establecido en el Contrato de 2007 a cargo del concesionario”*.

(V) RESPECTO DE LAS PRETENSIONES CONCERNIENTES A LAS ÁREAS REMANENTES O ADQUIRIDAS POR RAZONES TÉCNICAS.

- 28° Declarar que la Agencia Nacional de Infraestructura ANI, durante el periodo comprendido entre el 21 de diciembre de 2007, fecha de inicio de ejecución del Proyecto, y el 23 de enero de 2013, fecha de la primera comunicación extendida por la Interventoría, en ejercicio de sus obligaciones - facultades de dirección, control y vigilancia contenidas en las Cláusulas 11 (numeral 11.16) del Contrato de Concesión No. 007 de 2007 y Tercera (numerales 3.3 y 3.4) del Modificadorio No. 1 de fecha 24 de abril de 2008, no hizo glosa o reparo alguno respecto de la gestión predial adelantada por la Concesionaria San Rafael S.A. En consecuencia, **PROSPERA** la **PRETENSION PRIMERA** de la demanda reformada.
- 29° Declarar que la Agencia Nacional de Infraestructura ANI, durante el periodo comprendido entre el 21 de diciembre de 2007, fecha de inicio de ejecución del Proyecto, y el 23 de enero de 2013, fecha de la primera comunicación extendida por la Interventoría, en ejercicio de sus obligaciones - facultades de dirección,

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

control y vigilancia contenidas en las Cláusulas 11 (numeral 11.16) y 66 del Contrato de Concesión No. 007 de 2007; y Tercera (numerales 3.3 y 3.4) del Modificadorio No. 1 de fecha 24 de abril de 2008, no convocó Comités de Gestión Predial. En consecuencia, **PROSPERA** la **PRETENSION SEGUNDA** de la demanda reformada.

- 30° **NEGAR**, por las razones contenidas en el aparte considerativo de este laudo arbitral, la **PRETENSIÓN TERCERA** de la demanda reformada.
- 31° Declarar que en virtud de lo dispuesto en el Contrato de Concesión No.007 de 2007, en el Modificadorio No.1, en las Leyes 9 de 1989 y 388 de 1997 y en la Resolución INCO 609 de 2005 aquellas áreas de terreno no afectadas por el trazado de la vía pero que debían ser adquiridas por razones técnicas y aquellas que tampoco siendo necesarias para el trazado de la vía ostentasen la condición de remanentes, debían ser adquiridas por el Concesionario a nombre de la NACIÓN – ANI-. En consecuencia, **PROSPERA** la **PRETENSION CUARTA**, de la demanda reformada.
- 32° Declarar que en ejecución del Proyecto de Concesión Vial Ibagué Girardot Cajamarca en el periodo entre el 21 de diciembre de 2007, fecha de inicio de ejecución del Proyecto, y el 23 de enero de 2013, fecha de la primera comunicación extendida por la Interventoría, aquellas áreas de terreno no afectadas por el trazado de la vía pero que debían ser adquiridas por razones técnicas y aquellas que tampoco siendo necesarias para el trazado de la vía ostentasen la condición de remanentes fueron adquiridas por la Concesionaria San Rafael S.A. a nombre de la ANI. En consecuencia, **PROSPERA LA PRETENSIÓN QUINTA** de la demanda reformada.
- 33° Declarar, como consecuencia de lo anterior, que las áreas de terreno adquiridas por la Concesionaria San Rafael S.A. por razones técnicas o por su naturaleza de remanentes, se integraron al Proyecto de Concesión Vial Girardot-Ibagué - Cajamarca y su derecho de dominio y posesión quedó en cabeza de la NACIÓN (ANI). En consecuencia, **PROSPERA LA PRETENSIÓN SEXTA** de la demanda reformada.
- 34° Declarar la **PROSPERIDAD PARCIAL** de la **PRETENSION SÉPTIMA** de la reforma de la demanda, por las razones contenidas en el aparte considerativo de este laudo arbitral, en tanto la Pretensión Tercera no prosperó.
- 35° **NEGAR**, por las razones contenidas en el aparte considerativo de este laudo arbitral, la **PRETENSIÓN OCTAVA** de la demanda reformada.
- 36° Declarar que, por lo expuesto en la parte motiva de este Laudo, **NO PROSPERA LA EXCEPCIÓN** formulada por Agencia nacional de Infraestructura ANI relativa al incumplimiento de la Concesionaria de *“sus obligaciones prediales relacionadas con la adquisición de predios por razones técnicas o por su naturaleza de remanentes, excediendo sus facultades contractuales y contraviniendo el texto del contrato.”*

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

(VI) RESPECTO DE LAS PRETENSIONES CONCERNIENTES A LA COMPENSACIÓN FORESTAL (REFORESTACIÓN). (Grupo VI.5)

- 37° Declarar que el documento CONPES 3107 de 2001 “Política de Manejo de Riesgo Contractual del Estado para Procesos de Participación Privada en Infraestructura” fijó la Política de Riesgos que le fue aplicada a los Contratos de Concesión de Tercera Generación. En consecuencia, **PROSPERA la PRETENSIÓN PRIMERA** de la demanda reformada.
- 38° **NEGAR**, por las razones contenidas en el aparte considerativo de este laudo arbitral, las **PRETENSIONES SEGUNDA y TERCERA** de la reforma de la demanda.
- 39° Declarar que el Proyecto objeto del Contrato de Concesión No. 007 de 2007 al momento de ser adjudicada la Licitación Pública No. INCO SEA –L-007-2006 NO contaba con Licencias Ambientales tal y como lo señala la Cláusula 35 del Contrato. En consecuencia, **PROSPERA la PRETENSION CUARTA** de la demanda reformada.
- 40° Declarar que según lo dispone el numeral 1.70 de la Cláusula 1 del Contrato de Concesión No. 007 de 2007 el Riesgo Contractual por Obligaciones Ambientales está asociado de manera directa a las obligaciones que emanan de las Licencias Ambientales, de los Planes de Manejo Ambiental y de la Evolución de las Tasas del Uso del Agua y Retributivas durante la Construcción y Operación del Proyecto. En consecuencia, **PROSPERA la PRETENSIÓN QUINTA** de la demanda reformada.
- 41° **NEGAR**, por las razones contenidas en el aparte considerativo de este laudo arbitral, las **PRETENSIONES SEXTA y SÉPTIMA** de la demanda reformada.
- 42° Declarar que las Licencias Ambientales recogidas en las Resoluciones No. 1221 de 11 de Julio de 2008, 1763 de 9 de octubre de 2008, 943 de 26 de mayo de 2011, 2345 del 28 de diciembre de 2012, 045 de 23 de enero de 2013, 1502 del 19 de junio de 2015 y 985 del 11 de agosto de 2016, fijaron como una obligación a cargo de la Concesionaria San Rafael S.A. la de adelantar actividades de Compensación Forestal en un área total de 218.89 hectáreas En consecuencia **PROSPERA la PRETENSIÓN OCTAVA** de la demanda reformada.
- 43° **NEGAR**, por las razones contenidas en el aparte considerativo de este laudo arbitral, las **PRETENSIONES NOVENA y DÉCIMA** de la demanda reformada.
- 44° Declarar la **PROSPERIDAD PARCIAL** de las **PRETENSIONES DÉCIMA PRIMERA y DÉCIMA SEGUNDA**, por las razones y con las precisiones y modulaciones contenidas en los apartes considerativos de este laudo arbitral.
- 45° **NEGAR**, por las razones contenidas en el aparte considerativo de este laudo arbitral, la **PRETENSIÓN DÉCIMA TERCERA** de la demanda reformada.
- 46° **NEGAR**, la **PROSPERIDAD** de la **PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA DÉCIMA PRIMERA, DÉCIMA SEGUNDA y DÉCIMA TERCERA** de la demanda reformada, por haber prosperado de manera parcial las dos primeras pretensiones y estar

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

condicionada esta pretensión a la no prosperidad de las tres mencionadas Pretensiones, tal y como se dispone en la parte considerativa de este laudo arbitral.

- 47° Declarar que, por lo expuesto en la parte motiva de este Laudo, **NO PROSPERA LA EXCEPCIÓN** propuesta por Agencia Nacional de Infraestructura ANI, relativa al Incumplimiento de la Concesionaria de las *“obligaciones de compensación forestal contraviniendo el texto del contrato y las obligaciones a su cargo establecidas en las licencias ambientales”*.

(VII) RESPECTO DE LAS PRETENSIONES CONCERNIENTES AL RECLAMO DEL PAGO DE LAS OBRAS ADELANTADAS EN LA AVENIDA PEDRO TAFUR. (Grupo VI.6)

- 48° Declarar que entre el Instituto Nacional de Concesiones-INCO y el Municipio de Ibagué se celebró el Convenio Interadministrativo No. 002 de 2006 de fecha 25 de julio de 2006 para mejorar el acceso a la ciudad de Ibagué a través de la Ruta 43, Tramo 4305. En consecuencia, **PROSPERA** la **PRETENSIÓN PRIMERA** de la reforma de la demanda.
- 49° Declarar que el Instituto Nacional de Concesiones-INCO y el Municipio de Ibagué el día 12 de agosto de 2009 suscribieron el Otrosí No. 1 al Convenio Interadministrativo No. 002 de 2006 en el que se precisaron las actividades a ser ejecutadas en la vía objeto del Convenio y se concretaron las obligaciones de las Partes. En consecuencia, **PROSPERA** la **PRETENSIÓN SEGUNDA** de la reforma de la demanda..
- 50° Declarar que con fundamento en el Convenio No. 002 de 2006 y su Modificadorio, el Instituto Nacional de Concesiones-INCO celebró con la Concesionaria San Rafael S.A. el 21 de agosto de 2009 el Otrosí No. 4 al Contrato de Concesión No. 007 de 2007, mediante el cual se concretó el Alcance del Numeral 2.3 Subnumeral 6 del Apéndice A “Alcances del Proyecto” del Contrato de Concesión No. 007 de 2007 puntualizando en su Cláusula Primera, numeral (v), las obras y actividades que debían adelantarse en el Subtramo V conocido como Avenida Pedro Tafur. En consecuencia, **PROSPERA** la **PRETENSIÓN TERCERA** de la reforma de la demanda.
- 51° Declarar que de conformidad con el Convenio Interadministrativo No. 002 de 2006 y su Otrosí No. 1, el Instituto Nacional de Concesiones-INCO tenía la obligación de entregar al Municipio de Ibagué, las obras correspondientes al Subtramo V conocido como Avenida Pedro Tafur, una vez fueran terminadas y puestas al servicio de los usuarios por parte de la Concesionaria San Rafael S.A. En consecuencia, **PROSPERA** la **PRETENSIÓN CUARTA** de la reforma de la demanda.
- 52° Declarar que las obras y actividades contratadas mediante el Otrosí No. 4 al Contrato de Concesión No. 007 de 2007 correspondientes al Subtramo V conocido como Avenida Pedro Tafur fueron ejecutadas por la Concesionaria San Rafael S.A., a través del Consorcio Grupo Constructor San Rafael, entre los meses de octubre y noviembre de 2010 conforme aparece acreditado en las Actas anejas a las Facturas de Venta número 0497 de 14 de diciembre de 2010 y 0503 de 18 de enero de 2011 presentadas por el Consorcio a la Concesionaria. En consecuencia, **PROSPERA** la **PRETENSIÓN QUINTA** de la reforma de la demanda.

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

- 53° Declarar que las obras y actividades contratadas mediante el Otrosí No. 4 al Contrato de Concesión No. 007 de 2007 correspondientes al Subtramo V conocido como Avenida Pedro Tafur ejecutadas por el Consorcio Grupo Constructor San Rafael fueron pagadas por la Concesionaria al Consorcio mediante el cubrimiento de las Facturas número 0497 de 14 de diciembre de 2010 y 0503 de 18 de enero de 2011 presentadas por éste. En consecuencia, **PROSPERA** la **PRETENSIÓN SEXTA** de la demanda reformada.
- 54° Declarar que las obras relativas a la denominada Avenida Pedro Tafur, contratadas a través del Otrosí No. 4 al Contrato de Concesión No. 007 de 2007, fueron terminadas por la Concesionaria San Rafael S.A. dentro de los plazos establecidos tal y como aparece consignado en el Informe Final de Interventoría –Tomo I, Página 24, Tabla. Cuadro Alcance Obras y Ejecución del Otrosí No.4 al Contrato Concesión No. 007-2007; Fila V - Subtramo V- elaborado y entregado por el Consorcio Interconcesiones a la Agencia Nacional de Infraestructura-ANI en el mes de mayo de 2012. En consecuencia, **PROSPERA** la **PRETENSIÓN SÉPTIMA** de la demanda reformada
- 55° **NEGAR**, por las razones contenidas en el aparte considerativo de este laudo arbitral, las **PRETENSIONES OCTAVA Y NOVENA** de la demanda reformada.
- 56° Declarar la prosperidad de las **PRETENSIONES DÉCIMA, DÉCIMA PRIMERA y DÉCIMA SEGUNDA** de la demanda reformada, por las razones, modulaciones y precisiones expuestas en el aparte considerativo de este laudo arbitral.
- 57° Declarar que las obras de refacción a que se refiere la pretensión Décima segunda de la demanda reformada fueron ejecutadas por la Concesionaria San Rafael S.A. en el mes de febrero de 2014 a través del Consorcio Grupo Constructor San Rafael conforme aparece acreditado en el Acta anexa a la Factura de Venta número 0966 de 10 de marzo de 2014 que fue presentada a la Concesionaria. En consecuencia, **PROSPERA** la **PRETENSIÓN DÉCIMA TERCERA** de la demanda reformada.
- 58° Declarar que las obras y actividades a que alude la Pretensión Décima Segunda de la demanda reformada fueron pagadas por la Concesionaria San Rafael S.A. mediante el cubrimiento de la Factura de Venta número 0966 de 10 de marzo de 2014 presentada por el Consorcio Grupo Constructor San Rafael. En consecuencia, **PROSPERA** la **PRETENSIÓN DÉCIMA CUARTA** de la demanda reformada.
- 59° Declarar que las obras a que la alude la Pretensión Décima Segunda de la demanda reformada fueron entregadas por la Agencia Nacional de Infraestructura-ANI al Municipio de Ibagué el día 5 de marzo de 2014 y lo documentó mediante la suscripción de la correspondiente exigida Acta de Entrega. En consecuencia, **PROSPERA** la **PRETENSIÓN DÉCIMA QUINTA** de la demanda reformada.
- 60° Declarar que la Agencia Nacional de Infraestructura-ANI debe reconocer y pagar a la Concesionaria San Rafael S.A. el valor invertido en la refacción de las obras de qué trata la Pretensión Décima Segunda, representado en la Factura de Venta No. 0966 de 10 de marzo de 2014 generada por el Consorcio Grupo Constructor

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

San Rafael. En consecuencia, **PROSPERA** la **PRETENSIÓN DÉCIMA SEXTA** de la demanda reformada.

- 61° Como consecuencia de lo anterior, condenar a la Agencia Nacional de Infraestructura-ANI a pagar a la Concesionaria San Rafael S.A., debidamente indexada, la suma de \$1.206.591.346 que corresponde al valor invertido en la refacción de las obras de qué trata la Pretensión Decima Segunda. En consecuencia, **PROSPERA** la **PRETENSIÓN DÉCIMA SÉPTIMA** de la demanda reformada.
- 62° Declarar que, por lo expuesto en la parte motiva de este Laudo, **NO PROSPERA LA EXCEPCIÓN** propuesta por Agencia Nacional de Infraestructura ANI, rotulada *“El Concesionario San Rafael S.A debe asumir los costos derivados de las obras adelantadas en la avenida Pedro Tafur en tanto fueron invertidos para el cumplimiento adecuado de sus obligaciones contractuales. Cobro de lo no debido”*.

(VIII) DE LAS PRETENSIONES CONCERNIENTES A LA ILUMINACION DE LAS INTERSECCIONES. (Grupo VI.7)

- 63° Declarar la **PROSPERIDAD PARCIAL** de la **PRETENSIÓN PRIMERA** de la demanda reformada por las razones contenidas en el aparte considerativo de este laudo arbitral, en tanto el Apéndice B numeral 4.4 **sí regula, aunque no en su totalidad**, lo relativo a la iluminación de las intersecciones del Proyecto.
- 64° **NEGAR**, por las razones contenidas en el aparte considerativo de este laudo arbitral, las **PRETENSIONES SEGUNDA, TERCERA, CUARTA, QUINTA, SEXTA, SÉPTIMA; OCTAVA; NOVENA; DÉCIMA y DÉCIMA PRIMERA** de la demanda reformada.
- 65° Declarar, que por lo expuesto en la parte motiva de este Laudo, **PROSPERA**, la **EXCEPCIÓN** formulada por la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA ANI rotulada *“El Concesionario debe asumir de su propio patrimonio el valor de la iluminación de las intersecciones así como el pago pasado, presente y futuro del servicio Público de energía pues esos costos hacen parte de su obligación contractual. Cobro de lo no debido”*.

(IX) RESPECTO DE LAS PRETENSIONES CONCERNIENTES A LA CICLO RUTA DEL TRAMO 6 (Grupo VI.8)

- 66° Declarar que la Agencia Nacional de Infraestructura-ANI y la Concesionaria San Rafael S.A. suscribieron el día 22 de agosto de 2008 el Contrato Adicional No. 1 al Contrato de Concesión No. 007 de 2007 mediante el cual, se contrató, entre otras, la construcción de una Cicloruta en el Tramo 6 (Variante Picaleña entre los PR 12+500 de la Ruta 40 TLE y PR11+000 de la Ruta 40 TLC) con una longitud total de 17 kilómetros. En consecuencia, **PROSPERA** la **PRETENSIÓN PRIMERA** de la demanda reformada.
- 67° Declarar que en la Cláusula Décima del Contrato Adicional No. 1 al Contrato de Concesión No. 007 de 2007 se fijó como plazo para la ejecución de la Cicloruta del Tramo 6 (Variante Picaleña entre los PR 12+500 de la Ruta 40 TLE y PR11+000 de la Ruta 40 TLC) un total de Treinta y Seis (36) meses que se contarían a partir

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)**

de la firma del Acta de Inicio de la Fase de Construcción. En consecuencia, **PROSPERA** la **PRETENSIÓN SEGUNDA** de la demanda reformada.

- 68° Declarar que dentro del plazo pactado en la Cláusula Décima del Contrato Adicional No. 1, para la ejecución de la Cicloruta del Tramo 6 (Variante Picalaña) CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A. construyó 13.6 km de los 17 km contratados quedando pendientes por construir 3.4 kilómetros. En consecuencia, **PROSPERA** la **PRETENSIÓN TERCERA** de la demanda reformada.
- 69° Declarar que como consecuencia de la observancia del tránsito automotor por sobre el Tramo 6 efectuado por la Interventoría y la Concesionaria San Rafael S.A. ésta y la Entidad Concedente concluyeron que existía la necesidad de construir una Intersección a Desnivel en el sitio denominado Glorieta el Rodeo. En consecuencia, **PROSPERA** la **PRETENSIÓN CUARTA** de la demanda reformada.
- 70° Declarar que por virtud del Acuerdo al que llegaron la entidad Concedente y la Concesionaria San Rafael S.A. se ordenó a ésta última la elaboración del diseño Geométrico de la Intersección a desnivel El Rodeo para que surtiera las correspondientes aprobaciones por parte de la Interventoría y de la Agencia. En consecuencia, **PROSPERA** la **PRETENSIÓN QUINTA** de la demanda reformada.
- 71° Declarar que el diseño geométrico aludido en la resolutive anterior fue objeto de aprobación por la Interventoría de turno y como consecuencia de ello las Partes generaron un proyecto de Otrosí contractual a voces del cual se construiría la Intersección a Desnivel El Rodeo, en sustitución de los 3.4 kilómetros de Cicloruta faltante, tomando para ello los recursos inicialmente asignados a ese propósito que se añadirían a los preexistentes en la Subcuenta de Excedentes ANI del Patrimonio Autónomo FC Concesionaria San Rafael. En consecuencia, **PROSPERA** la **PRETENSIÓN SEXTA** de la demanda reformada.
- 72° Declarar que el Proyecto de Otrosí a que se refiere la Pretensión Sexta, no se firmó, en razón a que la Agencia Nacional de Infraestructura-ANI consideró que los recursos existentes en la Subcuenta Excedentes ANI no podían ser invertidos en dicha obra. En consecuencia, **PROSPERA** la **PRETENSIÓN SÉPTIMA** de la demanda reformada.
- 73° Declarar que dada la imposibilidad de construir la Intersección a desnivel en la Glorieta El Rodeo, la Concesionaria San Rafael S.A. el 27 de junio de 2018 presentó a la Agencia Nacional de Infraestructura ANI una segunda propuesta para invertir los recursos destinados a la construcción de 3.4 kilómetros de Cicloruta en el Tramo 6, consistente en construir una Cicloruta en el corredor que conduce desde la Intersección Buenos Aires hasta el Parque de Gualanday en una longitud de 7.5 kilómetros. En consecuencia, **PROSPERA LA PRETENSIÓN OCTAVA** de la demanda reformada
- 74° Declarar que la propuesta presentada por la Concesionaria San Rafael S.A. a la Agencia Nacional de Infraestructura-ANI el 27 de junio de 2018, consistente en sustituir la obra de 3.4 kilómetros de Cicloruta del Tramo 6 (Variante Picalaña) por una Cicloruta en el corredor que conduce desde la Intersección Buenos Aires hasta el Parque de Gualanday, fue estudiada por la firma Interventora entre los días 27 de junio y 25 de julio 2018 y aprobada según la comunicación CMAB-1-476-00144-

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

18. En consecuencia, **PROSPERA** la **PRETENSIÓN NOVENA** de la demanda reformada.
- 75° Declarar que una vez fue aprobada por la firma Interventora la propuesta presentada por Concesionaria San Rafael S.A. a la Agencia el día 27 de junio de 2018, consistente en construir una Cicloruta en el corredor que conduce desde la Intersección Buenos Aires hasta el Parque de Gualanday en una extensión de 7.5 kilómetros, la Agencia Nacional de Infraestructura ANI y la Concesionaria suscribieron el día 7 de septiembre de 2018 el Otrosí No. 14 al Contrato de Concesión No. 007 de 2007. En consecuencia, **PROSPERA** la **PRETENSIÓN DÉCIMA** de la demanda reformada.
- 76° Declarar que las Partes pactaron en el Parágrafo Primero de la Cláusula Octava del Otrosí No. 14 de 7 de septiembre de 2018 que las disposiciones en él contenidas no tendrían efecto retroactivo ni retrospectivo y, por tanto, los recursos que hasta el momento de la suscripción se hubieren disminuido de la remuneración de la Concesionaria San Rafael S.A. acrecerían la Subcuenta Excedentes ANI. En consecuencia, **PROSPERA** la **PRETENSION DÉCIMA PRIMERA** de la demanda reformada.
- 77° Declarar que a la fecha de suscripción del Otrosí No. 14, la Agencia Nacional de Infraestructura-ANI había ordenado actuar una disminución en la remuneración de la Concesionaria San Rafael S.A. por valor de \$527.335.200, que a la fecha se encuentra pendiente de efectuar en el sentido de ser descontada de los ingresos percibidos. En consecuencia, **PROSPERA** la **PRETENSION DÉCIMA SEGUNDA** de la demanda reformada.
- 78° Declarar que las Partes pactaron cesar la disminución en la remuneración de la Concesionaria San Rafael S.A. a partir de la fecha de suscripción del Otrosí No. 14 al Contrato de Concesión No. 007 de 2007, es decir, a partir del 7 de septiembre de 2018. Como consecuencia de lo anterior, una vez suscrito el Otrosí, la Agencia Nacional de Infraestructura ANI, NO podía ordenar disminuir suma adicional alguna de la remuneración de la Concesionaria San Rafael S.A. En consecuencia, **PROSPERA** la **PRETENSION DÉCIMA TERCERA** de la demanda reformada.
- 79° Declarar que como consecuencia de lo pactado en el Parágrafo Primero de la Cláusula Octava del Otrosí No. 14 de 7 de septiembre de 2018 a partir de la suscripción de dicho Otrosí, la Agencia Nacional de Infraestructura ANI no podía ordenar nuevas y/o adicionales disminuciones en la remuneración de la Concesionaria San Rafael S.A. En consecuencia, **PROSPERA** la **PRETENSION DÉCIMA CUARTA** de la demanda reformada.
- 80° Como consecuencia de las anteriores declaraciones, se ORDENA a la Agencia Nacional de Infraestructura ANI, REVOCAR la instrucción impartida a la Fiduciaria Colpatria S.A. dirigida a efectuar la disminución en la remuneración de la Concesionaria San Rafael S.A. en cuantía de \$2.830.049.145 dispuesta con posterioridad a la suscripción del Otrosí No. 14 al Contrato de Concesión No. 007 de 2007. En consecuencia, **PROSPERA** la **PRETENSION DÉCIMA QUINTA** de la demanda reformada.
- 81° Declarar que, por lo expuesto en la parte motiva de este Laudo, **NO PROSPERAN** las **EXCEPCIONES** formuladas por la Agencia Nacional de Infraestructura-ANI

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

rotuladas: i) “El Concesionario San Rafael va contra sus propios Actos e incumple sus obligaciones de actuar con buena fe contractual al pretender la revocatoria de las instrucciones impartidas a la Fiduciaria Colpatria para efecto de las disminuciones de remuneración por el incumplimiento en las obras de la cicloruta del tramo 6 efectuadas hasta el mes de septiembre de 2018, desconociendo lo pactado en el Otrosí 14 del 17 de septiembre de 2018” y ii) “La Agencia Nacional de Infraestructura no solicitó, ni aplicó, ni ordenó la Fiduciaria aplicar nuevas disminuciones de remuneración al Concesionario San Rafael relacionadas con el incumplimiento de las obras concernientes a la Cicloruta del tramo 6 con posterioridad a la suscripción del Otrosí No. 14 del 7 de septiembre de 2018”.

(X) RESPECTO DE LAS PRETENSIONES CONCERNIENTES AL MANEJO DE LOS RECURSOS DE LA SUBCUENTA DE PREDIOS. (Grupo VI.9)

- 82° Declarar que el Contrato de Concesión No. 007 de 2007 en el numeral 1.36 de la Cláusula 1 define y concreta en qué consiste la Gestión Predial. En consecuencia, **PROSPERA** la **PRETENSIÓN PRIMERA** de la demanda reformada
- 83° Declarar que el Contrato de Concesión No. 007 de 2007 en la Cláusula 34 regula y describe en qué consiste el esquema de adquisición de Predios. En consecuencia, **PROSPERA** la **PRETENSIÓN SEGUNDA** de la demanda reformada
- 84° Declarar que el Contrato de Concesión No. 007 de 2007 en el numeral 1.88 de la Cláusula 1 define el termino Subcuenta de Predios y determina qué recursos deben ser depositados en ésta y cuáles gastos deben ser atendidos con cargo a dichos recursos. En consecuencia, **PROSPERA** la **PRETENSIÓN TERCERA** de la demanda reformada
- 85° Declarar que la Agencia Nacional de Infraestructura ANI y la Concesionaria San Rafael S.A. suscribieron el día 24 de abril de 2008 la Modificación No. 1 al Contrato de Concesión No. 007 de 2007 mediante la cual modificaron y complementaron la Gestión de adquisición de predios regulado en la Cláusula 34. En consecuencia, **PROSPERA** la **PRETENSIÓN CUARTA** de la demanda reformada.
- 86° **NEGAR** las **PRETENSIONES QUINTA, SEXTA, SÉPTIMA, OCTAVA, NOVENA** de la demanda reformada, por las razones contenidas en los apartes considerativos de este laudo arbitral.
- 87° Declarar la **PROSPERIDAD PARCIAL** de la **PRETENSIÓN DÉCIMA** de la demanda reformada, por las razones contenidas en el aparte considerativo de este laudo arbitral.
- 88° **NEGAR** la **PRETENSIÓN DECIMA PRIMERA** por las razones que se contienen en la parte motiva de este laudo arbitral.
- 89° Declarar que, por lo expuesto en la parte motiva de este Laudo, **NO PROSPERA** la **EXCEPCIÓN** formulada por la Agencia Nacional De Infraestructura-ANI rotulada “El concesionario San Rafael ha incumplido gravemente el Contrato 007 de 2007 en lo relativo al adecuado manejo y administración de la Subcuenta de Predios”,

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)**

por lo que debe reintegrar a dicha Subcuenta los recursos que la ANI le ha conminado reiteradamente a devolver”.

(XI) RESPECTO DEL JURAMENTO ESTIMATORIO.

- 90° Por las razones expuestas en la parte motiva, desestimar la objeción de la Agencia Nacional de Infraestructura ANI al juramento estimatorio presentado por la Concesionaria San Rafael S.A., parte Convocante.

(XII) OTRAS DECISIONES

- 91° Por las razones expuestas en la parte motiva, abstenerse de imponer condena en costas.
- 92° Ordenar a la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI, para que dentro de los tres (3) días siguientes a la presente providencia informe a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO acerca de la terminación de este trámite arbitral. El cumplimiento de esta orden deberá acreditarse ante el Tribunal Arbitral.
- 93° Declarar causado el saldo de los honorarios de los árbitros y del secretario. La Presidente del Tribunal hará los pagos del saldo correspondiente
- 94° Disponer que, una vez terminada la actuación, la Presidente del Tribunal proceda a rendir cuentas a las partes de las sumas que tuvo a su orden para los gastos de funcionamiento del Tribunal y les devuelva el saldo resultante, si lo hubiere.
- 95° Disponer que, por secretaria, una vez ejecutoriada esta decisión se expidan copias auténticas del presente laudo arbitral con destino a cada una de las partes, al Ministerio Público, con las constancias de ley.
- 96° Ordenar que, terminada la actuación, se remita el expediente para su archivo al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

Notifíquese y Cúmplase.

Dado en Bogotá D. C., a los 12 días del mes de abril del 2021.



MARTHA CEDIEL DE PEÑA
Presidente

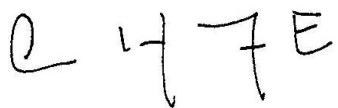


ILEANA MARLITT MELO SALCEDO
Árbitro

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)



ANTONIO ALJURE SALAME
Árbitro



CARLOS MAYORCA ESCOBAR
Secretario

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

TABLA DE CONTENIDO
LAUDO ARBITRAL

CAPÍTULO PRIMERO
ANTECEDENTES DEL LITIGIO Y TRÁMITE DEL PROCESO

1.- IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES DEL PROCESO1

2.- DEL CONTRATO ORIGEN DE LAS CONTROVERSIAS.2

3.- EL PACTO ARBITRAL2

4.- SÍNTESIS DE LAS ACTUACIONES SURTIDAS EN LA ETAPA INTRODUCTORIA DEL PROCESO.3

5.- PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE, ETAPA PROBATORIA Y ALEGACIONES FINALES.4

6.- TÉRMINO DE DURACIÓN DEL PROCESO.....5

CAPÍTULO SEGUNDO
SÍNTESIS DE LA CONTROVERSIA

1.- LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA.6

2.- LOS HECHOS DE LA DEMANDA.6

3.- LA CONTESTACIÓN DE LA REFORMA DE LA DEMANDA Y LAS EXCEPCIONES FORMULADAS POR LA ANI.....7

CAPÍTULO TERCERO

I. ASUNTOS PREVIOS

1. SOBRE LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL.9

2. SOBRE LAS EXCEPCIONES Y EN CONCRETO, SOBRE LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN RESPECTO DE LAS PRETENSIONES CONTENIDAS EN EL APARTE VI.6 DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA RELATIVO A LA AVENIDA PEDRO TAFUR.10

3. SOBRE LA TACHA DE SOSPECHA DE LA DECLARACIÓN DEL TESTIGO SEÑOR CRISTIAN CAMILO ESCOBAR.14

II CONSIDERACIONES16

1. OBJETO DE LA CONTROVERSIA.16

2. EL CONTRATO ESTATAL CELEBRADO Y SU MARCO NORMATIVO16

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

3. OTROS ASPECTOS.....	19
3.1 LA REGLA DE INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS Y EL PRINCIPIO DE LA BUENA FE.....	19
3.2 LOS DOCUMENTOS CONPES. SU NATURALEZA JURÍDICA.	25
4. ANÁLISIS DE CADA GRUPO DE PRETENSIONES.....	27
4.1 LAS PRETENSIONES DEL GRUPO “VI.1 DECLARATIVAS CONCERNIENTES AL ÁREA DE SERVICIOS CHICORAL”.....	28
4.1.1 <i>La posición de la Convocante</i>	29
4.1.2 <i>La oposición de la ANI</i>	31
4.1.3 <i>El concepto del Ministerio Público</i>	33
4.1.4 <i>Los problemas Jurídicos por resolverse</i>	34
4.1.5 <i>Lo pactado en relación con las Áreas de Servicio</i>	34
4.1.6 <i>Análisis y conclusión sobre la PRIMERA Pretensión Principal, relativa al alcance de las obligaciones previstas en el numeral 4.2.1 del Apéndice B</i>	41
4.1.7 <i>Análisis y conclusión sobre las pretensiones SEGUNDA Y TERCERA relativas a la obligación de proveer líneas de teléfonos públicos y sobre su imposibilidad de cumplimiento</i>	45
4.1.8 <i>Análisis y conclusión sobre las pretensiones CUARTA Y SEXTA, relacionadas con la obligación de prestar el servicio de ventas de alimentos y bebidas y los servicios médicos</i>	49
4.1.9 <i>Análisis y conclusión sobre las pretensiones QUINTA Y SÉPTIMA, relacionadas con la obligación de construir las áreas destinadas a la zona de alimentación y la Enfermería</i>	51
4.1.10 <i>Análisis y conclusión sobre las Pretensiones OCTAVA A DÉCIMA PRIMERA, relativas a las condiciones de operación de las Áreas de servicio</i>	53
4.2 LAS PRETENSIONES DEL GRUPO “VI.2 DECLARATIVAS CONCERNIENTES A LAS ESTACIONES DE PESAJE”	56
4.2.1 <i>Hechos en los que se apoya la Demanda Reformada</i>	57
4.2.2 <i>Fundamentos de las pretensiones de la Convocante</i>	58
4.2.3 <i>La Oposición de la ANI</i>	60
4.2.4 <i>El Concepto del Ministerio Público</i>	62
4.2.5 <i>Los problemas jurídicos por resolver</i>	63
4.2.6 <i>Consideraciones del Tribunal</i>	63
4.2.7 <i>Conclusión</i>	78
4.3 LAS PRETENSIONES DEL GRUPO “VI.3 DECLARATIVAS CONCERNIENTES A LA AFIRMADA ELUSIÓN DEL PEAJE DE GUALANDAY”	79
4.3.1 <i>Lo pretendido en la Demanda Reformada</i>	80
4.3.2 <i>Posición de la Convocante</i>	81
4.3.3 <i>Posición de la Convocada</i>	83
4.3.4 <i>Consideraciones del Tribunal. Los problemas jurídicos por resolver</i>	83
4.4 LAS PRETENSIONES DEL GRUPO “VI.4 DECLARATIVAS CONCERNIENTES A LAS ÁREAS REMANENTES.”	90
4.4.1 <i>Lo pretendido en la Demanda Reformada</i>	90
4.4.2 <i>Los hechos descritos en la demanda reformada que sirven de fundamento a las anteriores pretensiones</i>	92
4.4.3 <i>Fundamentos de las pretensiones de la Convocante</i>	96
4.4.4 <i>La Oposición de la ANI</i>	104
4.4.5 <i>El Concepto del Ministerio Público</i>	110
4.4.6 <i>Los problemas jurídicos por resolver</i>	113

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)**

4.4.7 Consideraciones del Tribunal.....	113
4.5 LAS PRETENSIONES DEL GRUPO “VI.5 DECLARATIVAS CONCERNIENTES A LA COMPENSACIÓN FORESTAL.....	155
4.5.1. Lo solicitado por la Convocante.....	156
4.5.2. La oposición de la ANI.....	158
4.5.3. El Concepto del Ministerio Público.....	161
4.5.4. Los problemas Jurídicos por resolverse.....	162
4.5.5 En relación con el primer problema jurídico planteado. (Pretensiones Primera a Cuarta).....	163
4.5.6 En relación con los problemas jurídicos segundo y tercero (Pretensiones Quinta a Décima), relativos a las obligaciones y riesgos ambientales previstos en el Contrato de Concesión No. 007.....	168
4.5.7 En relación con los problemas jurídicos cuarto y quinto planteados. (Pretensiones Décima primera a Décima tercera).	183
4.6 LAS PRETENSIONES DEL GRUPO “VI.6 CONCERNIENTES AL RECLAMO DE LAS OBRAS ADICIONALES DE LA AVENIDA PEDRO TAFUR”.....	191
4.6.1 La demanda del Concesionario.....	194
4.6.2 Contestación de la demanda.....	195
4.6.3 Problema legal.....	196
4.6.4 Sobre la caducidad.....	196
4.6.5 Sobre el riesgo de la cosa que se debe entregar.....	196
4.6.6 Conclusiones.....	200
4.7 LAS PRETENSIONES DEL GRUPO “VI.7 CONCERNIENTES A LA ILUMINACION DE LAS INTERSECCIONES”.....	201
4.7.1 Lo pretendido en la Reforma de la demanda.....	203
4.7.2 La oposición de la ANI. Excepciones.....	204
4.7.3 Diferencia jurídica.....	204
4.7.4 El Problema jurídico.....	205
4.7.5 Consideraciones del Tribunal.....	205
4.8 LAS PRETENSIONES DEL GRUPO “VI.8 CONCERNIENTES A LA CICLORUTA DEL TRAMO 6.”.....	212
4.8.1. Los hechos que sirven de causa a las pretensiones de la Demanda Reformada.....	215
4.8.2. Los fundamentos de las pretensiones de la Convocante.....	219
4.8.3. La Oposición de la ANI.....	220
4.8.4. El Concepto del Ministerio Público.....	228
4.8.5 Los problemas jurídicos por resolver.....	231
4.8.6 Los antecedentes de la situación objeto de controversia en relación con las obras de la Cicloruta en el Tramo 6 (Variante Picaleña entre los PR 12+500 de la Ruta 40 TLE y PR11+000 de la Ruta 40 TLC).....	232
4.8.7 Lo acordado entre las Partes en el Otrosí No. 14 del 7 de septiembre de 2018 para resolver la citada controversia.....	243
4.9 LAS PRETENSIONES DEL GRUPO “VI.9 CONCERNIENTES AL MANEJO DE LOS RECURSOS DE LA SUBCUENTA DE PREDIOS”.....	248
4.9.1 La posición de la Convocante.....	249
4.9.2 La oposición de la ANI.....	251

TRIBUNAL ARBITRAL DE CONCESIONARIA SAN RAFAEL S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
(116306)

4.9.3. El Concepto del Ministerio Público.	254
4.9.4 Los problemas Jurídicos por resolverse.	255
4.9.5. Sobre las disposiciones que regulan el Manejo de la Subcuenta Predios.	255
4.9.6. Sobre la Primera, Segunda, Tercera y Cuarta Pretensiones Principales	265
4.9.7. Sobre la Quinta Pretensión Principal.....	265
4.9.8. Sobre la Sexta Pretensión Principal.	270
4.9.9. Sobre la Séptima Pretensión	274
4.9.10. Sobre la Pretensión Octava.....	275
4.9.11. Sobre las Pretensiones Novena y Décima.....	276
4.9.12. Sobre la Décima Primera Pretensión.....	279
4.9.13. Sobre la Excepción Décima Segunda.....	280
4.10 SOBRE EL JURAMENTO ESTIMATORIO.....	280
4.11COSTAS.	282
 CAPITULO CUARTO	
DECISIONES DEL TRIBUNAL.....	283